UNIVERSITÉ DE DIJON - FACULTÉ DE DROIT

LA PROCÉDURE MONITOIRE OU INJONCTIONNELLE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(SCIENCES JURIDIQUES)

SOUTENUE DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE DIJON

Le Samedi 23 Novembre 1912, a 1 heure 1/2 du soir

PAR

MAURICE BAUFLE

AVOCAT

Sous la présidence de M. GAUDEMET, professeur.

Suffragants { MM. HÉMARD, professeur.
HUGUENEY, agrégé.

GRAY
IMPRIMERIE ET LITHOGRAPHIE DE GILBERT ROUX

1912

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41535717_0044

UNIVERSITÉ DE DIJON - FACULTÉ DE DROIT

LA PROCÉDURE MONITOIRE OU INJONCTIONNELLE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(SCIENCES JURIDIQUES)

SOUTENUE DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE DIJON

Le Samedi 23 Novembre 1912, a 1 heure 1/2 du soir.

ACAD.
LUGD.BAT.
BIBL.

PAR

MAURICE BAUFLE

AVOCAT

Sous la présidence de M. GAUDEMET, professeur.

Suffragants { MM. HÉMARD, professeur.
HUGUENEY, agrégé.

GRAY
IMPRIMERIE ET LITHOGRAPHIE DE GILBERT ROUX

1912

LA PROCÉDURE

MONITOIRE OU INJONCTIONNELLE

AVANT-PROPOS

Dans une conférence qu'il faisait à Rome le 17 avril 1909, le professeur G. Chiovenda, commentant le projet Orlando sur la réforme de la procédure civile italienne paraissait regretter que celle-ci eût subi trop profondément l'influence de la procédure française, dont il faisait, en passant, une rapide mais judicieuse critique. " La France, remarquait-il, qui a récemment célébré avec une juste solennité le centenaire de son Code civil, a laissé passer inaperçu celui de son Code de procédure " (1). Tout de suite après, il constatait d'ailleurs à notre honneur que " la doctrine française, sans faux amour-propre national, s'occupait maintenant de chercher un modèle dans la législation étrangère la plus en progrès " (2).

Mais la réforme d'un monument judiciaire comme le Code de procédure est une œuvre de longue haleine. A maintes reprises elle a tenté le législateur français ; d'utiles travaux ont été faits, d'intéressants projets ont été élaborés. Néanmoins, sauf l'effet de réformes partielles, la procédure française est encore sous l'empire du code de 1806. Cette situation ne peut se prolonger indéfiniment et le temps est proche sans doute où les plaideurs chez nous seront régis par des lois s'adaptant

(1) Rivista del diritto civile, 1910. " L'état actuel de la procédure civile en Italie et le projet Orlando de réforme de procédure ".
(2) Ibid.

mieux aux exigences de la vie moderne. La réforme que tous désirent, que beaucoup prévoient, à laquelle quelques-uns s'appliquent, ne saurait certes être fragmentaire : le texte nouveau qui remplacera notre Code suranné de procédure devra se présenter comme un tout complet, homogène, harmonieux. Mais de quels travaux préparatoires, de quelles patientes recherches une telle entreprise ne devra-t-elle pas être précédée? Et à cet égard quel précieux concours le législateur français ne trouvera-t-il pas dans l'étude des lois étrangères, de celles surtout que le professeur Chiovenda considère comme " davantage en progrès ", — les codes de procédure allemand et autrichien ?

Il nous a alors paru intéressant, — l'examen critique de la procédure étrangère dans son ensemble étant une œuvre trop vaste et au surplus au dessus de nos forces, — de faire du moins l'étude d'une institution que le code français ignorerait, que les législations les plus modernes auraient adoptée et qui, à l'usage, aurait semblé pratique et avantageuse. A tous ces points de vue la procédure monitoire ou injonctionnelle s'imposait à notre attention.

En France un créancier qui n'a pas de titre exécutoire ne peut en règle générale, pour assurer le mouvement de sa créance, procéder à l'exécution sur les biens de son débiteur : il est obligé pour parvenir à cette fin de s'adresser à justice et d'obtenir contre le débiteur un jugement de condamnation. En Allemagne, en Autriche et dans certains cantons de la Suisse, le créancier dépourvu de titre exécutoire n'est pas obligé pour en obtenir un de recourir à une instance régulière. Sur sa requête, un certain nombre de conditions formelles étant réunies, mais

sans que l'affaire ait été examinée au fond, sans que le débiteur ait été entendu, le Tribunal lui accorde à l'adresse du débiteur un ordre de paiement *conditionnel* qui lui permettra de procéder à l'exécution si dans un délai très court le débiteur n'a pas fait opposition à ce commandement. L'opposition, au cas où le débiteur use de ce droit, joue le rôle d'une citation et l'affaire déférée par elle à la juridiction normalement compétente est jugée suivant les règles de la procédure ordinaire. Telle est, présentée avec une grande concision, la procédure monitoire.

Sans perte de temps, sans beaucoup de frais, sans danger pour le débiteur, un titre exécutoire est créé entre les mains du créancier.

L'étude d'une telle procédure — outre qu'elle serait, comme nous venons de le dire, de quelque utilité en vue de la réforme du code de procédure — présenterait un autre avantage plus immédiat.

Le droit français, avons-nous dit, ignore la procédure monitoire. A vrai dire une distinction s'impose : s'il ne la connaît pas en tant que procédure générale — comme les législations allemande, autrichienne, suisse — du moins en fait-il application dans des cas exceptionnels en faveur de droits privilégiés (Créances de l'État sur les contribuables ; — créances d'un officier ministériel sur son client... etc... V. plus loin ch. III p. 78 et suiv.). L'interprétation du droit français, en ces matières, ne peut être que facilitée, éclairée par la connaissance de la législation étrangère.

INTRODUCTION

Avant d'étudier la procédure monitoire dans chacun des codes qui lui ont réservé une place, il nous a semblé bon de donner quelques indications sur son origine et ses transformations successives à travers les âges. L'étude historique d'une institution permet souvent de mettre en relief, de mieux comprendre certains caractères dont l'originalité déroute. Elle nous permettra en outre de classer par ordre d'importance les législations qui ont adopté la procédure monitoire. Parmi celles-ci il en est une en effet qui peut être considérée comme le prototype dont les autres se sont en grande partie inspirées : le code de procédure civile allemand. Il sera donc naturel que nous consacrions à celui-ci de plus longs développements.

D'ailleurs une séparation de principe s'impose entre deux groupes de législation : les codes qui d'une part admettent la procédure monitoire en tant que système complet, gouverné par des règles propres, par des principes nettement définis (Allemagne, Autriche, Suisse) ; — d'autre part les lois qui ne reconnaissent la procédure monitoire qu'en vue de droits priviligiés auxquels la loi accorde une protection spéciale (Autriche, Italie, France) : de telles dispositions paraissent avoir été édictées en vue de répondre aux nécessités impérieuses du moment ; elles ne semblent pas inspirées de principes juridiques très fermes et le législateur qui les a votées ne s'est certainement pas laissé influencer par l'esprit des législations du premier

groupe auxquelles nous faisions à l'instant allusion. Leur étude ne nous a cependant pas semblé négligeable, surtout parce qu'elles dénotent une tendance moderne à simplifier la procédure et dans bien des cas à la faire obéir — inconsciemment, mais d'une façon très nette — aux principes de la procédure monitoire.

Le droit français ne reste pas en dehors de ce mouvement et l'on verra que parmi ces législations du 2e groupe précisément, il occupe une place importante. Faut-il souhaiter davantage et désirer que la procédure monitoire joue dans notre droit un rôle aussi grand qu'en Allemagne, en Autriche ou en Suisse ? C'est la réponse à cette question que nous nous efforcerons de dégager, en forme de conclusion à cette étude.

CHAPITRE I

Aperçu historique sur l'origine et l'évolution de la procédure exécutoire, monitoire ou injonctionnelle (1)

A une époque où les rapports juridiques entre les hommes étaient encore d'une grande simplicité, il paraissait naturel qu'un créancier fort de son droit mît en œuvre son activité propre pour contraindre son débiteur à le payer, — ou même sollicitât l'intervention de l'Etat pour procéder à l'exécution forcée, — et ce antérieurement à tout examen par la justice du bien-fondé de la demande. Que si par la suite, une fois l'exécution commencée, le débiteur estimait exagérées ou peu sérieuses les prétentions de l'adversaire, il lui était loisible d'élever une protestation et de provoquer une décision de justice sur l'opportunité des poursuites dirigées contre lui.

C'est sous cette forme que nous apparaît dans le vieux

(1) Le mot « exécutoire » convient pour caractériser cette procédure dans sa forme primitive : dans le principe en effet une telle procédure commence bien par l'exécution. Plus tard, nous le verrons, l'exécution est précédée d'une autorisation — conditionnelle — de justice et l'on ne peut plus dire que l'exécution soit le premier acte de la procédure : — celle-ci débute par un avertissement, par un ordre — c'est pourquoi les qualificatifs « monitoire », — « injonctionnelle » conviennent davantage.

droit germanique la plus ancienne des procédures exécutoires. Skedl, dans son étude sur le « Mahnverfahren » (1) s'est attaché à établir l'origine de cette procédure, à en décrire les transformations successives jusqu'à ce qu'elle ait été incorporée sous le nom de « Mahnverfahren » dans le Code de procédure civile allemand.

Il ne nous paraît pas utile de suivre Skedl dans tous ses développements : il nous suffira d'indiquer sommairement les phases de cette évolution et d'insister sur les résultats auxquels celle-ci aboutit.

Skedl tout d'abord s'attache à démontrer que c'est bien dans le droit germanique que l'on rencontre pour la première fois la procédure exécutoire. Il établit sans peine que le Droit romain l'ignorait et que le cas, rapporté au Digeste (2), de la « Novi operis nuntiatio » ne peut être considéré comme la preuve que les Romains connaissaient une telle procédure : les Glossateurs, en particulier Accurse et Durandis, s'étaient efforcés de présenter comme une institution générale ce qui n'était qu'un cas exceptionnel. Skedl remet les choses au point : le cas de la « Novi operis nuntiatio » était à Rome d'une application assez rare, au lieu que la procédure exécutoire dans le droit germanique était couramment en usage. De plus le demandeur dans le cas rapporté au Digeste ne requiert du défendeur qu'un simple arrêt de

(1) Dr A. Skedl — « Das Mahnverfahren » — Leipzig 1891.

(2) Dig. L. 5 § 10 — 39 — 1 — Ulpianus Lib. 52 ad Edictum — 1 » Hoc edicto promittitur, ut sive jure sive injuria opus fieret, per nuntiationem inhiberetur : deinde remitteretur prohibitio hactenus quatenus prohibendi jus is qui nuntiasset non haberet » — ...2 — Nunciatio ex hoc edicto non habet necessariam praetoris aditionem : potest enim nunciare quis, etsi eum non adierit »..... — 9 et post operis novi nuntiationem committunt se litigatores praetoriae jurisdictioni »

construction, — une abstention ; par la procédure exécutoire au contraire c'est une prestation positive que l'on exige du débiteur.

Le droit romain ignorait donc la procédure exécutoire : plus exactement il n'en connaissait qu'une application exceptionnelle, timide, imparfaite.

Ce n'est pas là qu'il faut voir la source de l'institution que nous étudions. Ce n'est pas davantage, quoi qu'en prétende Briegleb (1), dans le droit ecclésiastique. Sans doute les juridictions ecclésiastiques voyaient avec une véritable faveur une telle procédure (2), sans doute c'est devant elles que celle ci était le plus employée. Mais Skedl établit que l'on retrouve des traces de la procédure exécutoire dans le droit germanique à une époque où devant la justice ecclésiastique il n'en était pas encore fait usage.

Ainsi le droit germanique est bien le berceau de la procédure exécutoire. Mais celle ci ne conserve pas longtemps les caractères que nous lui avons découverts tout à l'heure. Dans le principe, avons-nous dit, le demandeur procédait à l'exécution ; une fois celle-ci commencée, le débiteur, s'il le jugeait utile, saisissait la justice. Très rapidement on comprit que cette dernière devait être associée à l'exécution même, — que, bien plus, son intervention devait précéder l'exécution. Désormais le créancier doit obtenir de la justice, au moyen de l' " *indiculus commonitorius* " l'autorisation de procéder à l'exécution. L'indiculus commonitorius est

(1) Einleitung in die Theorie der summarischen Prozesse. Leipzig 1859. P. 529 et suiv.

(2) Bald (C. 7. 57. Princip. nº 4) ; — Angelus de Ubaldis (L. 72 Dig. 5, I N. 4) ; — Paulus de Castro (L. 5 § 10. Dig. 39. I. N. 4) — cités par Skedl.

« l'ordre intimé par le roi à l'auteur du dommage de donner « satisfaction au plaignant. Si le débiteur n'obtempère pas à « cet ordre il doit comparaître à jour fixé devant le roi pour « s'expliquer sur la chose. Faute par lui d'obéir au com- « mandement royal. il se trouve cité devant la justice royale « et contraint de paraître devant elle. Mais l'ordre de donner « satisfaction au demandeur n'est qu'un commandement « conditionnel : si le cité peut justifier son refus de satis- « faire à la demande du plaignant parce qu'elle n'est pas « fondée, il ne saurait être inquiété » (1). C'est seulement si le défendeur ne paraissait pas devant le roi, ou, comparaissant, ne justifiait pas son refus, que l'on procédait à l'exécution.

La procédure exécutoire avec le caractère que nous lui trouvons dans l'« indiculus commonitorius » est adoptée par la plupart des pays de droit germanique. On la rencontre « dans le plus touffu et le plus digne de crédit de tous les droits », le droit saxon (2), — dans le Landrecht silésien (1356), — dans le Stadtbuch de Berlin (1397), — dans le Landrecht de Münich (Milieu du XIV^e^ S.) ; — dans le Kaiserrecht (1280).

Mais la procédure exécutoire — que l'on appelle désormais couramment "*Praeceptum executivum sine causae cognitione*" et par abréviation "*Praeceptum*" — ne reste pas confinée dans le droit germanique : les efforts d'Accurse et de Durandis pour rattacher artificiellement cette institution

(1). Brunner. Deutsche Rechtsgeschichte. T. II. p. 137.

(2). Le droit saxon du XIII^e^ S. est réuni dans un recueil, le « Sachsenspiegel » — « Miroir de Saxe » dont l'autorité était grande à l'époque et dont l'influence sur le droit allemand s'est manifestée en maintes circonstances.

au droit romain, s'ils n'atteignent pas le but poursuivi, conduisent du moins à un résultat important. Les Romanistes des XIII^e^ et XIV^e^ S. — quoique sachant vraisemblablement à quoi s'en tenir sur le rôle de la procédure monitoire à Rome — n'éprouvent plus aucun scrupule à faire usage d'une procédure mentionnée au Digeste et dont, au surplus, les avantages sont indéniables,

A cette époque, la procédure monitoire, ramenée à ses grandes lignes, se présente ainsi : Un commandement est rendu par le juge à la requête du créancier. Au commandement est jointe une clause — *clausula justificativa* (1) — permettant au débiteur de faire opposition s'il le juge utile. Signification du commandement est faite au débiteur qui peut ou bien y obtempérer, — ou bien faire opposition et combattre les prétentions du demandeur, — ou enfin laisser les choses suivre leur cours et aboutir à la saisie. Si le débiteur obtempère, la situation est pour nous sans intérêt ; — s'il fait opposition, le Praeceptum vaut citation : " *transit in vim citationis* " et c'est un procès qui s'engage ; — s'il reste inactif, le créancier se trouve nanti d'un titre exécutoire sans qu'il y ait eu jugement sur le fond.

Le Praeceptum, sous cette forme, devient alors d'un usage courant en Italie, pays de droit romain,

A la même époque, en Italie aussi, se rencontrait une procédure également privilégiée : le " *Mandatum de solvendo* " des procès sur pièces. Lorsqu'un titre authentique — acte no-

(1) « La clausula justificativa *justifiait* le Praeceptum sine causae cognitione parce qu'elle rendait possible l'examen postérieur de l'affaire ». (Chiovenda Principes de Procédure civile. P. 170. N. 4).

tarié généralement — constatait une créance au profit d'une personne, celle-ci pouvait, nantie de ce document, se présenter devant le juge et lui demander de donner à cet acte force exécutoire. Le juge prenait connaissance du titre et en conformité de ses énonciations lui conférait le caractère exécutoire, — mais sans faire de restrictions, — sans lui adjoindre de "*clausula justificativa*". On voit immédiatement en quoi ce "*mandatum*" se distinguait du "*Praeceptum*": il était précédé d'une "*cognitio*", — il n'était pas conditionnel: deux différences évidemment essentielles. Néanmoins la Doctrine « qui mélangeait de la façon la plus confuse les principes de droit, qui s'adonnait à l'étude et à la critique des institutions, surtout de la procédure sans la moindre connaissance des sources » (1) les assimila ou plutôt les considéra comme les deux aspects d'une seule et même procédure. Elle leur donna le même nom : "*Mandatum*". Le Praeceptum, étant accompagné de la clausula justificativa s'appela désormais "*Mandatum cum clausula*". Le Mandatum des procès sur pièces étant délivré sans conditions devint le "*Mandatum sine clausula*". La présence de la clause constitue assurément une différence essentielle : elle permet l'opposition et par suite rend possible une défense au fond. Dans le Mandatum sine clausula, l'opposition est sans doute admissible, mais elle ne conduit qu'à une défense limitée aux exceptions de droit. Fatalement l'unification ne devait pas tarder à se faire entre les deux mandats. Le juge prend l'habitude dans tous les cas d'examiner au moins som-

(1) Skedl. Loc. cit. Ch III.P. 39.

mairement l'affaire ; d'un autre côté l'opposition contre le Mandatum sine clausula rend bien souvent possible une défense détaillée lors de laquelle on discute non seulement le droit mais aussi le fait. Dans les deux cas s'introduit l'habitude, sur un premier défaut de débiteur, de renouveler le commandement avant de procéder à l'exécution : ce luxe de précaution qui se comprendrait à la rigueur quand il s'agit d'un Mandatum cum clausula est inadmissible à propos du Mandatum sive sine clausula. Ainsi, bien que théoriquement une distinction subsiste entre les deux mandats, la limite entre eux est pratiquement difficile à établir ; on répète couramment : « Processus mandati cum clausula non minus est privilegiatus quam sine clausula » (1) et l'on rencontre — confusion nouvelle — des « "*Mandata mixta*" qui « partim sine, partim cum clausula esse possunt. »

En somme l'influence de la doctrine italienne n'avait fait qu'apporter dans l'institution un élément de confusion. Deux procédures qui auraient dû rester distinctes, opposées même l'une à l'autre, se mélangent, s'identifient presque.

Cet état de choses persiste longtemps. Mais une réaction se produit qui soumet à nouveau la procédure exécutoire aux principes du vieux « Praeceptum ». Seulement, chose curieuse, ce n'est pas du droit commun (2), ou plus exac-

(1) Georgius Melchior de Ludolf. « De jure camerali commentatio systematica ». Sect. I — 10. N. 26. Cité par Skedl.

(2) « Les mots « Droit commun allemand » ont parfois donné lieu à de sérieuses difficultés. Il y a sans doute droit commun d'origine germanique, en ce sens que les institutions germaniques ont déposé dans la Législation de l'Allemagne un certain nombre de règles communes aux différents pays qui la composent. Mais il n'a existé à aucune époque un droit germanique applicable à toute l'Allemagne. Aussi certains jurisconsultes en concluent que cet ensemble connu sous le nom de droit commun allemand n'a d'autorité qu'autant qu'il est consacré par les lois ou les coutumes locales. Le seul vrai droit commun subsidiaire, c'est le droit romain combiné avec le droit canonique et l'ancienne législation canonique (Hist. du droit et des institutions de l'Allemagne : Schultze Trad : Fournier. Introd. de Glasson. Introd. p. xvn. Note 1).

tement de la doctrine commune, comme Skedl appelle la pléiade des juristes qui aux XIII^e XIX^e et XV^e S. ont élaboré tant en Italie qu'en Allemagne la théorie du Mandatum, ce n'est pas de là que va partir la réaction. Ce n'est même pas de la législation de l'Empire qui s'en tient servilement aux enseignements de la doctrine. Ce sera des "*droits privés*" c'est-à-dire de la législation des divers États dont la réunion constitue l'Empire allemand actuel,— mais qui alors étaient autonomes.

Ce serait exagérer l'importance de cette introduction historique que d'exposer dans le détail les réformes des "*droits privés*" (1) : il nous suffira d'indiquer les principes fondamentaux auxquels aboutit une évolution commencée dès la seconde moitié du XV^e S. et qui se poursuit jusqu'au milieu du XIX^e S.

Désormais :

1/ Le requérant n'est pas obligé d'établir les faits qu'il énonce à l'appui de sa demande ;

2/ Si le cité fait opposition la procédure extraordinaire du mandatum est mise de côté et l'on retombe dans la procédure ordinaire au moyen de laquelle le procès sera instruit et jugé.

3/ Si le cité fait défaut, le mandatum devient immédiatement et ipso facto exécutoire. Mais les droits du défendeur sont sauvegardés par la possibilité d'une « Restitutio in integrum. »

4/ La procédure exécutoire ne peut pas être appliquée

(1) v. pour le détail Skedl. « Das Mahnverfahren. « Ch. v. « Les droits privés » p. 85 et suiv.

indifféremment à toute demande : la plupart des codes privés en limitent l'emploi aux demandes de peu d'importance, spécialement aux demandes ayant pour objet des sommes d'argent ou des choses fongibles.

Telles étaient des conceptions dominantes du " *droit privé* " lorsque fut élaboré en 1877 le C. p. civ. allemand. On verra dans quelle mesure elles inspirèrent l'esprit de celui-ci.

CHAPITRE II

La procédure monitoire en tant que système complet

Le très court aperçu historique que nous avons cru devoir placer au début de ce travail nous a montré que l'Allemagne était, sans conteste, le berceau de la procédure monitoire. Il est donc rationnel de commencer dans le Code de procédure civile allemand l'étude de cette procédure.

I

La procédure monitoire dans le droit allemand

Nous avons vu, à la fin du chapitre précédent, les changements profonds que firent subir à la notion du « *Mahnverfahren* » (1) les droits privés de la première partie du XIX^e^ S. Avec eux on se trouvait en présence d'une conception de la procédure monitoire bien différente de celle que pendant des siècles on avait rencontrée dans le droit germanique. C'est dans ses grandes lignes cette conception que va reprendre le Code de procédure civile allemand modifié par la Novelle de 1898 puis par celle de 1910. Nous exposerons le « Mahnverfahren » allemand tel qu'il est à l'heure actuelle.

(1) « Mahnen » avertir, - et « Verfahren » procédure. C'est l'équivalent littéral de l'expression : procédure monitoire.

Mais au cours de notre développement nous indiquerons les points principaux sur lesquels portèrent les modifications apportées par les Novelles.

Donnons tout d'abord en quelques lignes, d'une façon sommaire, un aperçu du Mahnverfahren moins abstrait et moins fastidieux que ne le serait l'exposé des articles du Code de procédure civile sur la question (1). Après quoi nous examinerons plus à loisir quelques points intéressants.

Un créancier, désirant obtenir satisfaction de son débiteur sans mettre en branle l'appareil coûteux et compliqué de la justice, décide de recourir au Mahnverfahren. Il le peut si l'objet de sa demande est une somme d'argent ou une quantité déterminée de choses fongibles. Dans cette intention il s'adresse au Tribunal de bailliage, présente une requête dans laquelle il expose sa demande. Si les conditions requises par la loi sont réunies le Tribunal fait droit à cette requête, c'est-à-dire, rend en conformité de celle-ci, un commandement à l'adresse du débiteur : il est enjoint à celui-ci de payer ou de faire opposition au commandement. Si le débiteur fait opposition, la procédure ordinaire apparaît et c'est un procès qui s'engage à propos duquel normalement interviendra une solution. Si le débiteur ne fait pas opposition, le commandement n'acquiert pas d'emblée force exécutoire. Il faut qu'à la diligence du créancier celle-ci lui soit conférée. Le greffier délivrera alors l'exécutoire qui sera signifié au débiteur. Celui-ci peut encore former opposition à ce deu-

(1) Comme texte législatif on lira avec fruit, à ce sujet, l'excellente traduction que MM. Glasson et Lederlin ont donnée du C. p. civ. all. Mais il ne faudra pas perdre de vue que cette traduction, antérieure aux Novelles de 1910 et 1898, ne présente pas l'état actuel du droit.

xième acte du Mahnverfahren et paralyser ainsi les effets de la procédure extraordinaire employée contre lui. S'il use de son droit d'opposition, l'affaire est jugée, suivant les errements de procédure ordinaire, par le Tribunal de bailliage « *Amtsgericht* » ou par le tribunal régional « *Landgericht* » selon qu'elle est au fond de la compétence de l'un ou l'autre de ces Tribunaux. S'il continue au contraire à rester dans l'inaction, l'exécutoire, passé un certain délai, acquiert force de chose jugée et le créancier se trouve dès lors en possession d'un titre équivalent à un jugement. Si toutefois c'est indépendamment de sa volonté, par suite d'un concours fortuit de circonstances que le débiteur s'est trouvé dans l'impossibilité de faire à temps opposition, une dernière voie de recours lui est ouverte : la « Restitutio in integrum ».

Tel est dans ses grandes lignes le «Mahnverfahren » allemand. Ce schéma préalable nous permettra d'aborder, sans perdre de vue l'ensemble du sujet, l'étude de quelques points spéciaux.

Objet du Mahnverfahren. — L'objet du Mahnverfahren est nettement défini par l'al. 1 art. 688. c. p. civ. : « toute réclamation ayant pour objet le paiement d'une somme d'argent déterminée ou la prestation d'une quantité déterminée d'autres choses fongibles ou de valeurs. »

Se trouvent donc exclus du Mahnverfahren les demandes tendant à la prestation de quantités indéterminées de choses fongibles ou de sommes d'argent, — ou à la prestation de quantités — même déterminées — de choses non fongibles.

L'al. 2 du même article exclut encore du Mahnverfahren

deux espèces de demandes : celles qui émanent d'un créancier tenu lui-même d'une contre-prestation que jusqu'alors il n'a pas exécutée, — celles qui doivent être « signifiées à l'étranger ou par voie de notification publique ». Quant à ces dernières, aucune observation à faire : la dernière disposition de l'al. 2 est très judicieuse : le Mahnverfahren est une procédure simple, rapide, qui supprime une partie des garanties de la procédure ordinaire : il pourrait être dangereux de l'employer à l'encontre d'une personne résidant à l'étranger ou trop éloignée du ressort : l'observation des délais risquerait d'en souffrir.

On comprend moins la 1re partie de l'alinéa ; - (non qu'il soit dans nos intentions de critiquer la disposition en elle-même ; l'appréciation de la procédure allemande dans son ensemble et dans ses détails fera l'objet d'un paragraphe spécial et ici nous nous bornons à un bref exposé). Mais il semble qu'il était inutile d'insérer dans le c. p. civ. allemand une disposition de cette nature : dans tout rapport synallagmatique, chacune des parties ne peut exiger la prestation qui lui est due que si elle offre elle-même d'exécuter son obligation : c'est le principe de l'exécution « trait pour trait (1) » que le droit allemand — contrairement au nôtre — reconnaît très explicitement (V. C. civ. all. art. 273 al. 1 et 320 à 322). A quoi bon dès lors formuler à propos de la procédure monitoire une règle applicable à toute action quelle que soit la procédure qui serve à l'introduire?

Procédure. — Requête. — C'est par une requête que s'in-

(1) L' « Erfüllung Zug um Zug » n'est autre chose que « l'exceptio non adimpleti contractus » dont on retrouve — formellement ou implicitement — le principe dans tous les droits à la base de la théorie des obligations.

troduit le Mahnverfahren : le créancier s'adresse au Tribunal de bailliage. Avant la Novelle de 1910 « était exclusivement compétent le Tribunal de bailliage qui aurait pu être saisi de la demande en matière ordinaire à raison du statut personnel de juridiction du défendeur ou de la situation de l'objet ». La Novelle de 1910 accorde au créancier qui use du « Mahnverfahren » autant de Tribunaux compétents qu'il en pourrait utiliser pour l'introduction de sa demande par la procédure ordinaire (1).

La demande doit contenir (art. 690) : 1° Les noms des parties, leur état et profession ; — 2° La désignation du Tribunal ; — 3° L'indication précise du montant ou de l'objet de la réclamation, ainsi que l'indication de sa cause ; — 4° La demande en délivrance du Commandement de payer.

Seule la troisième de ces mentions nécessite quelques explications :

De la combinaison de cette disposition avec l'alinéa 2 de l'art. 691 (2) résultait l'obligation stricte pour le créancier de ne pas commettre la plus légère « plus petitio », sous peine de voir sa demande repoussée pour le tout. « Une insignifiante exagération de la demande, un faux calcul des intérêts, des demandes accessoires irrecevables (3) » devenaient pour le créancier gros de conséquences : d'une er-

(1) « Ainsi le créancier peut porter son commandement près du tribunal du lieu où le débiteur a ses biens (contre un débiteur demeurant à l'étranger (§ 23), près du tribunal d'un Comptoir colonial (§ 21) ; près du tribunal du lieu où la succession s'est ouverte (contre les cohéritiers du débiteur initial). Principalement en matière de contrats, il peut porter sa demande devant le tribunal du lieu du paiement (§ 29) — par exemple une maison de commerce, si elle a soin d'indiquer dans son contrat par une clause spéciale son propre siège comme lieu de paiement, peut adresser à tous ses clients un commandement devant son propre tribunal (tribunal du créancier et non tribunal du débiteur). » (Lehrbuch des deutschen Zivil prozeszrechts — R Schmidt — Suppl. p.p. 50. 51).

(2) Ancien texte.

(3) R. Schmidt (Ouvrage cité. Supplément p. 50.)

reur matérielle minime pouvait résulter la nullité d'une procédure (1). La Novelle de 1910 prescrit très sagement (§ 691. « nouv. texte) d'entendre le créancier avant de rejeter sa requête » nul doute que si, lors de cette comparution, le mal fondé d'une partie de la demande apparaît manifeste, le créancier n'abandonne ses prétentions injustifiées.

Commandement. — Si la requête satisfait aux exigences de la loi, la demande du créancier est accueillie, c'est-à-dire que le Tribunal adresse au débiteur un commandement « d'avoir dans le délai d'une semaine à partir de la signification, sous peine d'y être contraint par voie d'exécution forcée immédiate, à satisfaire le créancier du montant de sa réclamation, y compris les frais de la procédure, dont le total sera indiqué, et les intérêts demandés, ou à former opposition devant le Tribunal. »

Il n'est pas à notre connaissance qu'aucun auteur ait jamais cru devoir critiquer ce membre de phrase « sous peine d'y être contraint par voie d'exécution forcée immédiate » : la rédaction en est pourtant singulièrement équivoque. Pour tout esprit non prévenu cela voudrait dire que le fait pour le débiteur de ne pas obtempérer au Commandement l'expose à une exécution « immédiate ». Or l'exécution en question doit être précédée d'une nouvelle requête du créancier, de l'apposition de l'exécutoire sur le Commandement, d'une

(1) Il était sans doute loisible au créancier de faire valoir à nouveau sa demande par les voies de la procédure ordinaire ; mais si l'on ne perd pas de vue que le Mahnverfahren a pour but d'accélérer et de rendre moins coûteuse la justice, on conviendra que semblable perspective n'était pas faite pour mettre en faveur une telle procédure. Et le danger résultant d'une disposition aussi sévère était encore augmenté de ce fait que « l'ordonnance qui rejette la demande n'est susceptible d'aucun recours ». (art. 691 al. 3.)

nouvelle signification ; — et contre ce deuxième acte de la procédure est encore recevable une opposition : dans ces conditions l'art. 692 a-t-il raison de parler d'exécution « immédiate » ? Et ne faut-il pas voir dans cette façon de s'exprimer une survivance peu heureuse de l'ancien état de choses, alors que la procédure ne comportait qu'un seul acte se divisant en trois phases ; une requête, un commandement, une opposition ?

C'est avec ce commandement et l'alternative qu'il laisse au débiteur qu'apparaît le caractère original de la procédure monitoire. Ce commandement n'est pas une simple sommation ; il renferme les germes de l'exécution, — plus même que les germes, l'exécution à l'état latent. Mais, pour autant ce n'est pas un jugement ; un jugement est contradictoire ou par défaut. Or, ici manifestement il ne saurait être question de jugement contradictoire. Il ne s'agit pas davantage de sentence par défaut ; le défaut implique l'idée que l'adversaire — qui s'abstient (volontairement ou non) de comparaître — a été cité ; et précisément, dans le cas particulier, le débiteur est cité alors que la décision le concernant est déjà rendue. Le Commandement, dans le Mahnverfahren, est donc quelque chose de réellement original, intermédiaire, entre la sommation et le jugement. Skedl l'appelle « une ordonnance juridique engageant la procédure d'exécution (1) » La périphrase est lourde, mais elle dégage bien l'essence du concept et nulle autre ne rappellerait mieux le « Praeceptum executivum sine causae cognitione » : il importe en effet de

(1) Skedl. Das Mahnverfahren. P. 117.

faire remarquer qu'avant de rendre le commandement le Tribunal ne procède pas à l'examen de l'affaire au fond. Que la demande soit ou non justifiée, cela — pour le moment — est sans intérêt : il suffit que les conditions formelles soient remplies.

« La signification du commandemeut au débiteur produit les effets de la litispendance ».

Ces effets, si nous nous reportons à l'art. 235, C. p. civ. — le droit commun reprenant son empire, — se ramènent à trois (non compris, bien entendu, les effets civils de la litispendance).

1 — Le créancier, aussi longtemps que le commandement est en vigueur, ne peut pas introduire la même demande par la procédure ordinaire ni solliciter la délivrance d'un nouveau commandement.

2 — La compétence du Tribunal qui a rendu le commandement n'est pas changée par une modification dans les conditions qui avaient déterminé cette compétence.

3 — Le créancier n'est pas recevable, sans le consentement du débiteur, à modifier le contenu du commandement.

La litispendance cesse : *a/* Si la demande contre laquelle opposition a été formée est de la compétence du Tribunal régional et si dans les 6 mois à dater du jour où il a été averti de l'opposition, le créancier n'a pas porté sa demande devant le Tribunal régional.

b/ Si la délivrance de l'exécutoire n'est pas demandée dans les 6 mois qui suivent l'expiration du délai imparti au débiteur dans le Commandement.

c/ Si, opposition n'ayant pas été formée, la demande

opportune en délivrance de l'exécutoire est définitivement écartée.

d/ Si le commandement est retiré par le créancier. Le retrait est admissible à chaque instant de la procédure monitoire jusqu'au moment où le commandement devient exécutoire sans conditions.

Nous voici donc arrivés au moment où le commandement régulièrement rendu est signifié au débiteur. Avant la Novelle de 1910 le soin de signifier le commandement était laissé à la partie ; désormais il incombera au greffier qui avisera le créancier que la significaiion a été faite (1). Suivant l'attitude qu'observera ce dernier, trois situations peuvent se présenter : 1/ Le débiteur fournit la prestation qui lui est réclamée par le commandement ; — 2/ Il fait opposition ; — 3/ Il reste inactif.

1/ Le débiteur s'exécute — Par là même la procédure est terminée.

2/ *Il fait opposition.* — (Opposition au commandement : 1re opposition). — L'opposition doit naturellement être formée dans les délais (une semaine). Même l'art. 694. al. 3. prend soin de nous avertir « que l'opposition qui n'a pas été faite en temps utile n'a pas besoin d'être rejetée. »

Nous supposons donc l'opposition opportune et régulière. Disons tout de suite qu'elle a pour effet de faire rentrer les frais de la procédure monitoire dans ceux de la demande principale.

Avant la Novelle de 1910 deux situations se présentaient

(1) «Cette innovation, dit Schmidt.(Ouvrage cité supplément P. 51.), s'explique par l'extension de la signification d'office appelée à prendre une place très grande dans la procédure devant les tribunaux de bailliage.

suivant que la demande qui faisait l'objet du « Mahnverfahren » était au fond de la compétence du Tribunal de bailliage ou de la compétence du Tribunal régional.

a/ L'affaire était de la compétence du tribunal de bailliage. La demande était dans ce cas considérée comme introduite devant le Tribunal de bailliage qui avait délivré le commandement, et ce à partir de la signification de ce dernier (1) (art. 696 al. 1).

Le Tribunal était donc saisi : il ne restait plus aux parties qu'à fixer le jour où l'affaire serait entendue . L'art. 696 al. 2 nous indiquait la procédure. Chacune des parties pouvait assigner son adversaire en vue du débat oral : le délai d'ajournement devait être d'au moins trois jours.

L'affaire introduite devant le Tribunal de bailliage était instruite et jugée suivant les règles de la procédure ordinaire devant ces Tribunaux. Le Mahnverfahren disparaissait et dès lors la question ne présente plus d'intérêt.

b/ L'affaire était de la compétence du Tribunal régional. — Dans ce cas le Tribunal de bailliage n'avait plus à connaître de l'affaire. Il fallait que le Tribunal régional en fût saisi. Les deux parties n'avaient pas, comme précédemment, la faculté de porter l'une et l'autre l'affaire devant lui : l'obligation en incombait exclusivement au demandeur. Un délai de six mois lui était pour cela imparti ; s'il agissait dans le délai voulu, l'affaire était régulièrement introduite et ici encore réapparaissaient les règles de la procédure ordinaire.

Depuis 1910 les choses ne se passent plus ainsi : « Si

(1) Le commandement a joué en somme le rôle d'une citation : c'est ce que les juristes du XIII[e] S. exprimaient à propos du Praeceptum frappé d'opposition : « Transit in vim citationis. »

l'opposition a été faite à temps, la demande doit être considérée comme introduite, avec la signification du commandement, devant le Tribunal de bailliage, que la demande soit de la compétence du Tribunal de bailliage ou du Tribunal régional ; — et c'est seulement sur la demande expresse de l'une des parties que le Tribunal de bailliage doit se déclarer incompétent et renvoyer le litige devant le Tribunal régional. La demande de renvoi (devant le Tribunal régional) est recevable jusqu'au débat sur le fond, — mais le demandeur peut la formuler déjà provisoirement dans sa requête ou le défendeur dans l'opposition ». (R. Schmidt. Suppl' p. 51).

Assurément la réforme de la Novelle est importante ; elle modifie sérieusement l'état de choses antérieur et supprime une source de complications. Il ne nous a pas paru cependant tout à fait inutile d'exposer comment les choses se passaient auparavant. En somme la Réforme de 1910 n'est pas si radicale qu'elle le paraît (1), étant donné que faculté est laissée au débiteur et au créancier d'en accepter ou d'en refuser le bénéfice ; désormais il dépend des parties de maintenir l'état de droit créé par le code de procédure et de laisser subsister la différence résultant de la nature de l'affaire au point de vue de la compétence. Sans doute la distinction analysée plus haut aura moins souvent l'occasion de

(1) La Réforme entreprise par la Novelle est même incomplète. Désormais, nous venons de le voir, la règle est que l'affaire reste pendante devant le Tribunal de bailliage. On s'attendrait dès lors à ce que les parties fussent d'office citées devant lui à une date que le Tribunal fixerait. Il n'en est rien. L'al. 2. de l'art 636 n'est pas aboli : c'est à la partie la plus diligente à fixer la date de l'audience et à citer l'adversaire.

s'appliquer. Ce n'est pas à dire qu'elle aura complètement disparu.

En ce qui concerne l'opposition au Commandement, la Novelle de 1910 a fait encore porter la réforme sur un autre point. Jusqu'alors l'art 695 admettait d'une façon très large « l'opposition contre la demande (1) ». Il en résultait que maint débiteur, alors même qu'il n'avait aucune objection à formuler *contre la demande* élevait opposition *contre le commandement*. Puis, lorsqu'à la suite de cette opposition le débat s'engageait suivant les règles de la procédure ordinaire, le défendeur faisait défaut : il en résultait une perte de temps et l'avantage propre au Mahnverfahren disparaissait. Dorénavant le débiteur ne peut former opposition que s'il a « des exceptions à faire valoir contre la demande. (§ 692. Nouveau texte). Cette réforme est très heureuse : elle profite à la fois au créancier et au débiteur : au créancier qui ne se trouve plus exposé à souffrir de procédés dilatoires, — au débiteur qui auparavant se laissait inconsidérément entraîner, pour gagner du temps, dans un procès dont il supportait finalement tous les frais.

Si le créancier laisse passer sans agir le délai de 6 mois fixé par l'art. 697 pour porter l'affaire devant le Tribunal, régional, bien entendu il perd le bénéfice du commandement rendu en sa faveur ; mais un autre effet se produit que nous avons eu déjà l'occasion de signaler : l'extinction de la litispendance (V. plus haut p. 19). Le créancier pourra donc intenter à nouveau son action sans avoir à redouter

(1) L'expression était malheureuse : il eût fallu dire opposition contre le commandement.

l'exception de litispendance, en empruntant cette fois les voies de la procédure ordinaire ; il n'aura pas davantage à redouter l'exception de chose jugée : il n'y a pas en effet chose jugée et rien ne s'oppose à ce que l'affaire soit soumise à l'appréciation d'un Tribunal.

Nous avons vu que l'opposition opportune du débiteur faisait rentrer les frais de la procédure monitoire dans ceux de la demande principale : le débiteur, pour ne pas supporter les frais de la procédure monitoire, devra donc agir dans les délais ; la charge des dépens serait une des sanctions de sa négligence. C'est une menace de même nature qui vise le créancier s'il n'agit pas en conformité des prescriptions de l'art. 697, c'est-a-dire s'il ne met pas à profit le délai de 6 mois pour porter l'affaire devant le Tribunal régional.

3/ Le débiteur reste inactif. — Du fait seul de l'inaction du débiteur, le commandement ne devient pas exécutoire ; à cette fin d'autres actes de procédure sont nécessaires. C'est là une différence essentielle entre le « Mahnverfahren » allemand d'une part et l'Indiculus commonitorius de la procédure franque, — le Preceptum executivum du XIII^e^ S. — le Mandatum des Siècles suivants et les autres procédures monitoires modernes (Mahnverfahren autrichien, Rechtsbot suisse) : c'est en cela que le Mahnverfahren allemand est réellement une procédure originale.

Il a sans doute paru au législateur allemand que les droits du débiteur ne seraient pas suffisamment sauvegardés par la faculté qu'on lui réserverait de manifester une seule fois son opposition à la procédure employée contre lui. C'est pourquoi le débiteur qui ne s'est pas ému du commande-

ment n'est pas pour autant désarmé devant son adversaire . celui-ci avant de procéder à l'exécution forcée doit obtenir l'ordre d'exécution qui correspond à ce que l'on nomme en France l'exécutoire. Contre celui-ci est encore recevable de la part du débiteur une opposition qui aura pour effet, tout comme l'opposition au commandement, de faire dégénérer le Mahnverfahren en procédure ordinaire.

Exécutoire. — Autrefois c'était le Tribunal qui délivrait l'exécutoire, de même qu'il délivrait le commandement. Depuis la Novelle de 1910, c'est le Greffier du Tribunal qui l'appose sur le commandement. La délivrance de l'exécutoire devient ainsi en quelque sorte automatique. Néanmoins il peut se faire qu'à tort ou à raison le Greffier refuse de délivrer l'exécutoire. Il doit dans ce cas faire part de la requête du créancier au Tribunal qui statue. Contre la décision du Tribunal un pourvoi immédiat est recevable (art. 699. al. 2. qui n'est pas abrogé).

A propos de l'exécutoire se pose, comme précédemment pour le commandement, la question de sa nature juridique : Est-ce une mesure d'exécution ? Est-ce un jugement ? C'est à cette dernière opinion que se rangent en majorité les auteurs. Assurément ils ont tort. Pas plus que le commandement l'exécutoire n'est un jugement. « Un jugement, comme le dit fort bien Skedl — même un jugement par défaut — suppose, condition essentielle, un examen de fait de la part du juge » (1). Or il n'y a pas ici d'examen de l'affaire au fond : le juge n'a qu'à s'inquiéter de voir si les conditions

(1) Skedl. Das Mahnverfahren. P. 124.

formelles requises par la loi se trouvent réalisées. Si elles le sont, il doit rendre l'exécutoire, — alors même qu'en fait la demande du créancier serait mal fondée (1). Mais, répondront les partisans de l'exécutoire-jugement, l'art. 700 vient confirmer notre manière de voir : « l'exécution équivaut à un jugement par défaut portant exécution provisoire ». Or précisément la rédaction de cet article laisse entendre que si l'exécutoire « *équivaut à,* », c'est qu'il « *n'est pas* » un jugement (2).

Après la signification de l'exécutoire, le débiteur peut prendre les trois mêmes partis qu'après la signification du commandement : 1/ obtempérer ; — 2/ Faire opposition ; 3/ faire défaut.

Ne nous arrêtons qu'aux deux dernières éventualités, la première ne présentant pour nous aucun intérêt.

1/ Le débiteur fait opposition. — En ce qui concerne l'opposition à l'exécutoire, le C. p. civ. alld. n'a pas édicté de règles spéciales ; il se borne à renvoyer aux dispositions des art. 303 à 311 : on retombe dans le droit commun.

2/ Le débiteur reste inactif. — Si le débiteur ne s'émeut pas plus de la signification de l'exécutoire que de celle du commandement, alors intervient l'exécution forcée : celle-ci a lieu conformément aux règles du C. p. civ. Comme elle n'est pas spéciale à la procédure monitoire, elle ne saurait retenir notre attention et c'est là que s'arrêtera notre exposé du Mahnverfahren allemand.

(1) Cela va si loin que même si le commandement n'avait pas dû être rendu — parce que la demande ne s'appliquait pas au Mahnverfahren, — ou parce que le Tribunal n'était pas compétent — même alors, si les conditions formelles requises étaient réunies, l'exécutoire ne pourrait être refusé.

(2) Skedl. Loc. cit. ibid.

II

Mahnverfaren et Mandatsverfahren autrichiens

L'Autriche est le seul pays qui ait adopté la procédure monitoire à la fois comme système complet et comme procédure privilégiée. Conformément au plan que nous nous sommes tracé nous n'examinerons pour le moment que les deux institutions se présentant comme système complet : le Mahnverfahren et le Mandatsverfahren. Nous étudierons à un autre endroit le Bestandverfahren, procédure privilégiée.

Le Mahnverfahren autrichien est réglé par la loi du 27 avril 1873, incorporée au Code de pr. autrichien au Titre v du Supplément.

Comme nous ne possédons en France aucune traduction du code de procédure autrichien, comme d'autre part la plus grande partie des études consacrées en Autriche à l'institution qui nous intéresse sont plus abstraites encore que le texte législatif lui-même, il nous a paru utile de reproduire dans cette étude la traduction littérale des dispositions autrichiennes sur le Mahnverfahren.

§ I. Pour recouvrer des créances d'argent ou d'autres choses fougibles, le créancier peut par la voie du Mahuverfahren, solliciter à l'encontre du débiteur en personne, la délivrance d'un commandement conditionnel, si le montant de la somme réclamée ou la valeur de l'objet visé dans la requête ne dépasse pas 200 fl. — non compris les intérêts.

Le Mahnverfahren est inapplicable aux créances que l'on ne peut pas faire valoir d'une façon générale et actuellement devant les Tribunaux, — de même qu'aux créances nées de contrats de change.

§ 2. Pour la délivrance du commandement conditionnel sont exclusivement compétents les Tribunaux de district.

§ 3. Le commandement conditionnel ne peut être rendu contre des personnes dont le domicile est inconnu ou auxquelles la signification devrait être faite hors du ressort de la Cour d'Appel du Tribunal de district compétent pour la délivrance du commandement, — non plus que contre des personnes justiciables de la Haute-Cour.

§ 4. La requête en délivrance du commandement conditionnel peut être introduite verbalement ou par écrit.

Dans cette requête le créancier doit indiquer :

1. Son nom et celui du débiteur. — Situation ou profession et domicile.

2. Le montant de la créance et sa cause juridique ; si la créance se compose de plusieurs fractions, le montant de chacun d'elles et sa cause juridique.

Si la créance a pour objet non de l'argent mais d'autres choses fongibles, le créancier doit indiquer dans la requête le montant de ce qu'il est disposé à accepter à la place.

A propos de plusieurs créances du même créancier contre le même débiteur, même si elles n'ont entre elles aucun rapport de fait ou de droit, la délivrance du commandement peut être sollicitée dans la même requête, pourvu que ces créances ensemble ne dépassent pas la somme indiquée au § 1.

§ 5. Il est fait droit à la requête sans que l'on entende le débiteur.

La requête doit être rejetée si elle n'est pas conforme aux dispositions des § 1 à 4. ou s'il résulte des explications du requérant que la créance n'est pas admissible d'une façon générale et actuelle ou qu'elle est soumise à une contre-prestation.

Aucun recours de droit n'est ouvert contre la délivrance du commandement : contre le rejet du commandement un recours est ouvert pendant un délai de 8 jours.

§ 6. Le commandement doit contenir : 1. La mention : commandement.

2. Les indications portées au § 4. (al. 1 et 2).

3. L'ordre au débiteur, sous peine d'exécution, de payer dans le délai de 14 jours à dater de la signification du commandement, la créance, y compris les intérêts échus, — ainsi que les frais du commandement, s'ils sont réclamés dans la requête et suivant l'évaluation faite par le juge, — ou de former opposition au commandement.

4. L'observation que le commandement peut être du fait seul de l'opposition privé d'effet.

Si la délivrance du commandement est sollicitée en vue de plusieurs créances, estimées ou exprimées en fractions séparées, on doit dans le commandement, énoncer séparément la qualité de chaque créance.

Si la créance a pour objet non de l'argent mais d'autres choses fongibles, on doit laisser au débiteur la faculté de payer au lieu des choses exigées le montant évalué dans la requête.

§ 7. Le commandement doit être signifié en mains propres

au débiteur et s'il vise plusieurs débiteurs à chacun d'eux, — ainsi qu'au créancier.

(La signification au débiteur ne peut se faire par la poste).

§ 8. *Pour l'opposition il suffit que le débiteur déclare devant le Tribunal par écrit ou oralement qu'il forme opposition : il n'est pas nécessaire qu'il motive son opposition.*

§ 9. *Si le débiteur a élevé à temps opposition, le commandement perd sa force. Cette disposition est valable également pour le cas où l'opposition n'est dirigée que contre une partie de la créance et pour le cas où le commandement étant dirigé contre plusieurs débiteurs à propos de la même demande, l'opposition n'est élevée que par l'un d'eux.*

Mais si dans le commandement il avait été fait mention distincte de plusieurs créances exprimées en fractions séparées et si l'opposition n'avait été formellement élevée que contre l'une ou l'autre de ces créances, le commandement resterait en vigueur à l'égard des autres et des frais les concernant.

§ 10. *L'opposition faite à temps doit être portée à la connaissance du créancier et du débiteur.*

Une opposition tardive doit être rejetée en considération de ce que le délai est expiré ; il est inutile dans ce cas d'aviser le créancier.

§ 11. *Les frais de délivrance du commandement lorsqu'opposition est faite à temps doivent être supportés par le créancier et les frais d'opposition doivent l'être également lorsque le débiteur a requis qu'ils soient compris dans le montant à établir par le juge.*

Si, en suite de l'opposition, l'instance est introduite, il y

aura lieu de statuer sur les frais du Mahnverfahren comme sur une partie des frais du litige.

§ 12. Contre la décision qui rejette l'opposition et qui condamne le créancier à en supporter les frais, un recours est ouvert pendant un délai de 8 jours.

§ 13. La requête en délivrance du commandement produit relativement à la litispendance et à l'interruption de prescription l'effet d'une demande ; mais cette demande est sans effet pour établir la compétence du tribunal ou la connexité.

L'opposition privant le commandement d'effet, on doit considérer la prescription comme interrompue jusqu'à ce que l'opposition ait été élevée.

§ 14. La restitutio in integrum, en suite d'une omission involontaire de l'opposition, est recevabte pendant un délai de 8 jours (maintenant 14 jours) à partir du moment où le débiteur a eu connaissance de sa négligence et où l'obstacle a disparu. L'octroi de la restitutio produit l'effet de l'opposition sans qu'il soit nécessaire d'élever celle-ci à nouveau.

Si le débiteur sollicite la restitutio, l'exécution, jusqu'à ce que sa demande ait été rejetée, ne peut être poursuivie contre lui qu'à titre conservatoire.

§ 15. Si le débiteur ne paie pas et ne forme pas opposition, on doit accorder au créancier le droit de poursuivre l'exécution en conformité du commandement.

Si le commandement est rendu à propos de créances qui n'ont pas pour objet de l'argent, le débiteur peut toujours arrêter l'exécution en payant la somme prévue dans le commandement ainsi que les intérêts.

§ 16. Si dans les 6 mois à dater de la signification du commandement au débiteur le créancier néglige de poursuivre, l'exécution, le commandement à l'égard de ce débiteur perd sa force, sans préjudice de l'interruption de prescription qui se produit d'après le § 13 al. 1.

§ 17. Les requêtes écrites en vue de la délivrance du commandement ou de l'opposition doivent être présentées en un exemplaire qui reste au Tribunal.

Les commandements ainsi que les actes nécessaires en vue de l'audition du créancier et du débiteur à la suite de l'opposition doivent être rédigés d'office ; il n'y a pas besoin d'y joindre les titres.

Il n'y a pas lieu de signifier à la partie adverse une copie du procès-verbal dressé à propos de la requête en délivrance de commandement ou à propos de l'opposition.

Les personnes qui forment opposition au nom du débiteur n'ont pas besoin de produire un pouvoir. Si aucun pouvoir n'est produit, c'est au commettant lui-même que doit être signifié la décision judiciaire.

Dans le Mahnverfahren, et en vue de l'exécution basée sur un commandement, dans la mesure où la présente loi n'en dispose pas autrement, on doit user des dispositions de la loi sur la procédure sommaire.

L'emploi du Mahnverfahren ne change rien à la compétence judiciaire pour l'introduction ultérieure de la demande.

§ 19. Le créancier peut également insérer la demande en délivrance d'un commandement dans une demande introduite en vue du recouvrement de la créance, si pour la demande et

la délivrance du commandement le même Tribunal est compétent.

Dans ce cas le Tribunal doit rendre le commandement au moyen d'une décision sur la demande et en ajoutant que, dans le cas d'opposition, aura lieu la procédure ultérieure relative à la demande. On conserve copie de la demande que le créancier aura plus tard à faire valoir.

Si le défendeur fait opposition contre le commandement, le Tribunal doit, d'après la procédure légale en usage fixer l'audience en vue du débat sur la demande et citer dès à présent les deux parties en vue de vider l'opposition.

Si le Tribunal estime irrecevable la demande en délivrance du commandement, il doit, après le rejet de celui-ci, fixer immédiatement d'après la procédure légale le jour du débat sur la demande.

Dans les cas visés par ce paragraphe la litispendance devant le Tribunal et l'interruption de prescription se trouvent fondées du fait que la demande est introduite.

A côté du Mahnverfahren, le code de procédure autrichien connaît une autre procédure monitoire, le Mandatsverfahren, qui se trouve exposée aux §§ 548 à 554.

§ *548. Dans une demande introduite en vue du recouvrement d'une créance d'argent ou d'autres choses fongibles, le demandeur peut solliciter contre le défendeur la délivrance d'un ordre de paiement (mandat) si tous les faits sur lesquels reposent la demande principale et les demandes accessoires sont établis par des originaux annexés de forme simple, comme cela va être exposé ci-après :*

1. Par des pièces publiques dressées dans le pays où cette loi est en vigueur.

2. Par des pièces privées dans lesquelles les signatures sont légalisées par un tribunal du pays ou par un notaire.

3. Par d'autres actes sur le fondement desquels, en considération de la créance qui fait le fondement de la demande, un droit réel a été inscrit sur un registre public du pays, à la condition toutefois qu'aucun recours ne soit pendant contre la décision judiciaire en vertu de laquelle cette inscription a eu lieu et que ne soit pas mentionné sur le livre le fait que cette inscription est contestée.

§ 549. Si la demande n'est pas introduite par la personne qui paraît fondée à agir d'après les pièces à l'appui, ou si elle est dirigée contre une personne autre que les personnes obligées nommées dans ces pièces, il ne peut être fait droit à la demande en délivrance de commandement que dans la mesure où, au moyen de pièces de l'espèce désignée au paragraphe 548, il peut être prouvé que la prétention ou l'obligation peut être totalement ou partiellement transportée des bénéficiaires ou des obligés originaires aux personnes par lesquelles ou contre lesquelles la demande est introduite.

Pour le recouvrement de créances auxquelles pourrait être opposée l'exception de prescription, l'ordre de paiement ne sera délivré qu'autant qu'il aura été établi par des pièces du genre de celles énumérées par le paragraphe 548 que la prescription est interrompue ou suspendue.

§ 550. A la suite d'une demande introduite en conformité des paragraphes 548 et 549 l'ordre de paiement doit être

rendu sans débat oral et sans que le défendeur ait été entendu. Au cas où pour la délivrance de l'ordre de paiement c'est un tribunal de district qui est compétent, le demandeur peut, lorsque les originaux nécessaires d'après les paragraphes 548 et 549 en vue de justifier les prétentions se trouvent précisément près de ce Tribunal, se dispenser de produire de telles pièces, en invoquant ces actes de justice en question.

Dans l'ordre de paiement, il faut exprimer que le défendeur dans un délai de 14 jours à dater de la signification du commandement doit, sous peine d'exécution, satisfaire aux prétentions dirigées contre lui, y compris les frais exposés devant le Tribunal, ou élever ses exceptions contre l'ordre de paiement ; le délai ne peut pas être augmenté.

L'ordre de paiement doit être signifié au défendeur d'après les prescriptions en vigueur à propos des actions ordinaires.

§ 551. Si dans une demande écrite il est conclu à la délivrance de l'ordre de paiement contre plusieurs défendeurs, il ne peut être donné suite à cette demande qu'en ce qui concerne les défendeurs pour lesquels des exemplaires de la demande écrite sont produits avec copie de pièces annexées. En outre on doit suivre l'ordre dans lequel les défendeurs sont nommés dans la demande.

§ 552. L'appel contre la délivrance d'un commandement n'est pas recevable ; pourtant la décision qui, dans l'ordre de paiement concerne les dépens, peut être combattue au moyen d'un recours.

Les exceptions contre le commandement doivent être, dans

le délai fixé dans celui-ci, portées devant le Tribunal qui l'a délivré. Des exceptions tardives doivent être rejetées sans débat.

Si les exceptions sont faites à temps, on doit fixer sans nouvelle demande du créancier et dans le plus bref délai possible un jour pour qu'il soit procédé à un débat à leur sujet.

§ 553. Dans le jugement qui termine la procédure, on doit exprimer si le commandement rendu à l'encontre du défendeur doit être maintenu, — ou s'il doit être — et dans quelles mesures — révoqué.

§ 554. Si la requête insérée dans la demande ne peut donner lieu à un ordre de paiement, on doit, au cas où la demande a toutes les qualités requises pour donner lieu à un débat oral, procéder d'après les prescriptions légales (en vue de provoquer ce débat) ; hors ce cas la demande doit être rejetée comme ne pouvant donner lieu à l'introduction de la procédure.

Le Mandatsverfahren se distingue, somme toute, essentiellement du Mahnverfahren, en ce qu'il exige du demandeur, à l'appui de sa requête, la production de pièces authentiques. A cet égard le Mandatsverfahren s'éloigne sensiblement du type de la procédure monitoire : dans celle-ci, en effet, le juge rend sa première décision sans examen de l'affaire au fond : si certaines conditions de forme sont réunies il ne peut rejeter la requête. Dans le Mandatsverfahren, la production des pièces a pour but de permettre au juge de ne statuer qu'après s'être formé une opinion sur le mérite de la demande.

A part cette différence, le Mandatsverfahren se confond

avec le Mahnverfahren ; il ne retiendra donc pas longtemps notre attention. Ne manquons pas, toutefois, de faire observer que le Mandatsverfahren peut servir au recouvrement de créances d'argent, sans limitation de quantité, alors que le Mahnverfahren (v. plus haut art. 1 al. 1) ne peut être mis en œuvre qu'à propos de créances ne dépassant pas 200 fl.

Mahnverfahren. — Le lecteur s'en est tout de suite aperçu, la loi autrichienne du 27 avril 1873 s'est largement inspirée des dispositions qui régissent le Mahnverfahren allemand. Le texte de certains articles, dans les deux codes, est même absolument identique (1). Mais, sur deux points importants, le législateur autrichien a véritablement innové. Tandis que le Mahnverfahren allemand est applicable à toute créance ayant pour objet de l'argent ou des choses fongibles, sans limitation de quantités, le Mahnverfahren autrichien ne peut servir au recouvrement de telles créances que si le montant de celles-ci ne dépasse pas 200 fl.

D'autre part, alors qu'en Allemagne le débiteur peut, lors de la procédure monitoire, élever opposition contre le commandement ou, s'il a négligé cette première voie de recours, contre l'exécutoire, la loi autrichienne ne lui reconnaît qu'un seul droit d'opposition qu'il doit faire valoir contre l'ordre de paiement dans les 14 jours de la signification de celui-ci.

(1) En mettant en regard de la traduction que nous avons donnée de la loi du 27 avril 1873, la traduction du C. p. civ. all. de Glasson et Lederlin (art. 628 à 643 — après avoir fait subir à ce texte quelques modifications en raison des réformes de 1898 et 1910) on verra avec quelle passivité le législateur autrichien, lorsqu'il n'a pas voulu innover, a suivi le législateur allemand.

Tels sont les deux points essentiels sur lesquels le code de procédure autrichien s'est séparé de la législation allemande. Dans un chapitre que nous consacrerons à l'appréciation de la procédure monitoire, nous verrons ce qu'il faut penser de ces innovations.

Mais, dès à présent, nous pouvons signaler et approuver quelques perfectionnements de détail que la loi du 27 avril 1873 a apportés à la pratique du Mahnverfahren.

Ainsi des §§ 4. 2 al. 2 ; — 6. 4 al. 3 ; — 15 al. 2 combinés, il résulte que « si la créance a pour objet non de l'argent, mais d'autres choses fongibles, le créancier doit indiquer, dans la requête, le montant de ce qu'il est prêt à accepter à la place » ; — que le créancier dans ce cas « a la faculté de payer, au lieu des choses exigées, le montant évalué dans la requête » ; — enfin que « si le commandement est rendu à propos de créances qui n'ont pas pour objet de l'argent, le débiteur peut toujours arrêter l'exécution en payant la somme prévue dans le commandement ainsi que les intérêts ».

Ainsi encore le § 7 dispose que « le commandement doit être signifié en mains propres au débiteur et s'il vise plusieurs débiteurs à chacun d'eux en particulier » ; — que « la signification par la poste ne peut être admise » : ce sont là de sages dispositions qui dans une procédure expéditive constituent une garantie sérieuse en faveur du débiteur.

De même, enfin, l'ingénieux système exposé dans le § 19. Le créancier craignant le rejet de sa requête en délivrance de commandement introduit en même temps qu'il présente celle-ci, la demande suivant les règles ordinaires de la pro-

cédure. Si la requête en vue de la procédure monitoire est rejetée l'action se trouvera, sans perte de temps, portée devant le Tribunal. S'il est fait droit à la requête et que le défendeur usant de son droit fasse opposition, le Tribunal ayant dès la présentation de la requête fixé un jour pour le débat au fond, celui-ci s'engagera très rapidement. Si enfin le débiteur néglige de faire opposition, la procédure monitoire suivra son cours normal. Quelle que soit l'éventualité qui se produise, le créancier obtiendra satisfaction dans le minimum de temps.

Sur tous ces points par conséquent le Mahnverfahren autrichien accuse un sensible progrès sur le Mahnverfahren allemand. Il est par contre une disposition que l'on aimerait à voir disparaître de la loi du 27 avril 1873 : celle de l'art. 8. « Pour l'opposition il suffit que le débiteur déclare devant le Tribunal par écrit ou oralement qu'il forme opposition : il n'est pas nécessaire qu'il motive son opposition ». Nous avons montré plus haut (1) les inconvénients d'un pareil système : le débiteur pour gagner du temps élève opposition sans motifs sérieux, s'engage dans un procès qu'il perdra fatalement et ne fait qu'aggraver sa situation. En Allemagne, avant la Novelle de 1910 une telle pratique était courante et il est à croire qu'en Autriche — les mêmes causes produisant les mêmes effets — elle sévit également. Le Code de procédure autrichien qui pour le « Mahnverfahren » a pris le code allemand comme guide aurait à cet égard avantage à s'inspirer des réformes apportées à son modèle.

(1) Ci-dessus P. 27, 28 et 29.

APPENDICE

Nous croyons bon de mentionner à côté du Mahnverfahren autrichien une procédure qui a pris celui-ci pour modèle : le « Fizetési Meghagyasock » hongrois dont M. D. Nagy, dans un article de l'Annuaire de Législation étrangère (1893) (1), donne l'exposé succinct.

« La procédure, dit M. Nagy, consiste en ce que le juge, sur la demande de l'une quelconque des parties, rend une ordonnance de paiement à l'adresse de l'autre partie ; cette ordonnance lui enjoint d'avoir, dans les 15 jours, à payer le montant de la demande, ou à faire opposition. L'opposition, qui peut être formée sur la signification de l'ordonnance, en arrête immédiatement l'effet, et l'affaire est portée devant le Tribunal. Si l'opposition n'est pas admise, l'ordonnance reprend sa force et sert de base à l'exécution. En certaines circonstances exceptionnelles, l'opposition est encore recevable au cours de la procédure d'exécution ».

Ce système — Loi XIX sur les ordonnances de paiement, — n'a fait que s'inspirer des codes allemand et autrichien dont nous avons étudié les dispositions. Si ce n'est qu'il élève le taux des créances (500 florins), dont le recouvrement peut être poursuivi au moyen de la procédure monitoire, le Fizetési Meghagyasock ne comporte rien d'original. Il ne mérite donc pas de retenir notre attention. Il nous a paru bon de l'indiquer pour que l'on puisse se rendre compte du mouvement qui se dessine en faveur de la procédure monitoire.

(1) p. 252.

III

Le Rechtsbot suisse

La procédure monitoire n'est connue que dans une certaine partie de la Suisse. On sait que les divers cantons de la Confédération helvétique jouissent d'une autonomie relativement grande, au moins comparable à celle des divers États qui constituent l'Empire allemand ; il est rare — les lois fédérales mises à part — de trouver dans deux cantons des dispositions législatives absolument identiques. Et il ne semble pas qu'une législation unifiée soit d'une application prochaine en Suisse : chaque canton est trop jaloux de sa propre indépendance pour consentir à adopter les lois du canton voisin ; et ce n'est pas là simplement l'effet d'un amour-propre peut-être excessif ; il faut y voir la conséquence du défaut d'unité ethnique de la Nation. Quiconque a parcouru la Suisse et pris un contact même court et superficiel avec la population, a été frappé de la différence que l'on remarque entre les mœurs, les coutumes, les aptitudes de la Suisse orientale et celles de la Suisse occidentale : ici l'on se croirait encore en France, là l'influence germanique est manifeste. Rien d'étonnant, dès lors, étant donnée l'autonomie

qui leur est laissée, à ce que les cantons aient adopté des lois qui ont, suivant la latitude, reçu l'empreinte des législations française ou allemande.

On s'explique ainsi que la procédure monitoire ne figure que dans les codes de certains cantons de la Suisse orientale ; l'esprit l'indépendance de chaque canton fait comprendre, d'autre part, que dans ceux-ci on retrouve, d'une législation à l'autre, de sérieuses différences.

Dans ces conditions, une vue d'ensemble sur la procédure monitoire suisse serait insuffisante pour nous en faire connaître l'esprit : il nous parait nécessaire, sinon de l'étudier dans chaque canton — ce qui serait sans doute fastidieux et nous exposerait à des redites — de grouper du moins les cantons dont la législation sur la matière est inspirée de principes semblables : de l'étude de ces groupes se dégagera, en une physionomie composite, la procédure monitoire suisse dans ses variétés essentielles.

§ 1

Les cantons de la Suisse orientale qui ont adopté le Rechtsbot (1) sont ceux d'Uri, Schwyz, Unterwalden, Glaris,

(1) Nous conserverons cette appellation pour désigner la procédure monitoire suisse ; d'autres mots sont également employés (Amsbot, Verbot, Rechtsverbot, Aufrechtwehren);aucun d'eux ne saurait convenir : tous en effet impliquent l'idée de « défense » et cette notion est particulière à la procédure du premier groupe des législations que nous allons étudier : elle ne s'applique donc pas d'une façon générale : le mot Rechtsbot — (offre de procès) convient aux procédures des 2 groupes : de plus il fait bien comprendre ce qu'est l'institution dont nous nous occupons : une forme particulière d'introduction de l'instance.

Appenzell Rhodes intérieures, Appenzell Rhodes extérieures et St Gall.

Conformément au plan que nous nous sommes tracé, une séparation radicale doit être faite entre ces cantons : tous n'assignent pas au Rechtsbot le même but : pour les uns (Uri, Schwyz, Unterwalden, Glaris), le Rechtsbot doit se borner à formuler une « Défense », — un « Interdit », à exiger du défenseur une abstention. On ne saurait mieux faire pour en exprimer la notion que de reproduire la phrase que trois ordonnances de Procédure civile dans le canton de Glaris ont répétée invariablement au cours du XIX^e^ S. « Le Rechtsbot peut seulement défendre, jamais il ne commande ». Les autres, au contraire, reconnaissent au Rechtsbot un pouvoir beaucoup plus grand : toute demande, qu'elle ait en vue une prestation positive ou une simple abstention, est apte à revêtir la forme d'un Rechtsbot.

Il est bien évident, dès à présent, que ce sont les Rechtsbot du second groupe qui présentent pour nous le plus d'intérêt. Ils s'apparentent, en effet, d'une façon plus certaine à l'ancienne procédure monitoire du moyen âge, au lieu que les Rechtsbot du premier groupe semblent n'être autre chose que les « Interdits » du droit romain desquels ils se distinguent surtout par un formalisme moins compliqué et un champ d'application plus vaste. Ainsi, nous retrouvons jusque dans le droit Suisse cette antinomie que de nombreux juristes s'étaient obstinés avec raison à remarquer — malgré les efforts d'Accurse et de Durandis — entre la procédure monitoire du « Preceptum executivum » et le cas, rapporté au Digeste, de la « Novi operis nuntiatio. »

I

Le Rechtsbot dans les cantons d'Uri, Schvytz, Unterwalden, Glaris, (1)

Les Rechtsbot du premier groupe — que très fréquemment dans les vieux Codes provinciaux on trouve désignés du nom de « Défenses » — se présentent sous des formes très diverses ; mais, depuis longtemps, on a remarqué qu'ils pouvaient se répartir en trois catégories.

Les uns, tombés aujourd'hui en désuétude, constituaient l'antique et patriarcale procédure destinée à faire observer « l'Ordre de paix » : lorsque deux individus se livraient l'un sur l'autre à des voies de fait, toute personne, pourvu qu'elle fût étrangère à la difficulté qui les séparait, avait le devoir d'offrir sa médiation et de proposer, d'imposer même la paix aux deux adversaires : dès l'instant où se manifestait cette intervention, les deux antagonistes étaient réputés vivre vis-à-vis l'un de l'autre « sur le pied de paix » : celle des deux parties qui, ne respectant pas l'armistice, se livrait sur la partie adverse à des violences était considérée comme ayant violé la paix, et condamnée pour ce fait à une amende élevée. Une disposition de cette nature avait sans doute quelque utilité à une époque où les hommes étaient trop facilement enclins à se rendre justice eux-mêmes ; de nos jours, les

(1) Tous les éléments de ce chapitre sur le Rechtsbot ont été empruntés à un ouvrage de H. Fritzche. « Das Rechtsbot » (Zürich. Schulthess et Cie éditeurs).

mœurs ayant évolué, le but qu'elle poursuivait est atteint par d'autres moyens. Au surplus, présentât-elle quelque intérêt, l'étude de cette procédure est du domaine du droit criminel et ne rentre pas dans le cadre de ce travail : il nous suffira donc de l'avoir indiquée.

Une deuxième espèce de Rechtsbot ne retiendra guère davantage notre attention : lorsqu'un créancier connaissait aux mains d'un tiers une créance à l'actif de son propre débiteur, il faisait à ce tiers, au moyen d'un Rechtsbot, « défense » de se libérer. On voit que le Rechtsbot, ici, ne joue pas un autre rôle que notre saisie-arrêt : ceci nous permet de ne pas insister : il n'y a entre la procédure monitoire et la saisie-arrêt que des rapports trop lointains ; — mais, surtout, la saisie-arrêt telle qu'elle est règlementée par la loi française accuse une telle supériorité sur le système, en usage dans le canton de Glaris, des « Verlegzeddel » que nous n'aurions à retirer aucun bénéfice d'une étude même approfondie de cette institution.

Nous arrivons à une troisième espèce de Rechtsbot, ceux qui s'appliquent aux contestations touchant les immeubles et ce qu'en Suisse on appelle le « droit de voisinage » (questions de mitoyenneté, servitudes). Ici nous nous trouvons dans le domaine propre du Rechtsbot, — tel qu'il est pratiqué dans les cantons du premier groupe, bien entendu : lors donc que, dans ce paragraphe, nous parlerons de Rechtsbot, il est entendu que ce sera d'un Rechtsbot relatif à une contestation sur un droit réel.

Des quatre cantons que nous rangions dans ce premier groupe, celui de Glaris est de beaucoup celui où le Rechts-

bot est le plus développé : c'est donc à lui que nous nous reporterons, presque exclusivement, au cours de cet aperçu sur les « Défenses ».

Avant d'entrer dans les détails de l'institution, une division s'impose entre ce que l'on appelle en Suisse les « Rechtsbot publiés » et « les Rechtsbot reçus », — entre ce que nous nommerons, pour être plus clairs, les Rechtsbot généraux et les Rechtsbot spéciaux, les premiers s'adressant à la généralité des citoyens, les seconds à un individu déterminé. Ces deux espèces de Rechtsbot ne diffèrent pas seulement entre eux par la quantité plus ou moins grande d'intéressés auxquels respectivement ils s'adressent ; ils se séparent encore sur d'autres points : plus exactement, à vrai dire, ces autres différences ne sont que les conséquences de la divergence initiale.

Il est rationnel que nous commencions par indiquer les caractères communs aux Rechtsbot généraux et aux Rechtsbot spéciaux. Plus tard, nous examinerons les caractères spécifiques de chacun d'eux.

La forme extérieure est, à peu de chose près, la même. Nous donnons en appendice le texte d'un Rechtsbot général. A la seule lecture de ce document, on voit aisément les passages qu'il faut modifier, pour transformer ce Rechtsbot général en Rechtsbot spécial.

Les cas à trancher au moyen d'un Rechtsbot sont les mêmes, que le Rechtsbot soit général ou spécial : l'auteur du Rechtsbot ne peut que défendre ; jamais il ne peut commander ; c'est donc « seulement s'il se sent lèsé ou menacé d'un dommage » qu'il peut y avoir recours. Ce mot « menacé »

devait forcément conduire à une interprétation large du texte.

L'autorité qui délivre un Rechtsbot, c'est-à-dire le Président du Tribunal à l'agrément duquel la requête est soumise par l'intermédiaire du Greffier, n'examine que les conditions formelles et ne touche pas au fond même de la question : le point de droit sera tranché plus tard si le défendeur juge à propos de faire intervenir une décision judiciaire. Mais, en attendant, il est tenu de respecter le Rechtsbot régulièrement rendu et de subir les trois effets que de tout temps celui-ci a produits : 1/ obligation pour le défendeur d'obtempérer au Rechtsbot ; — 2/ Application d'une peine au débiteur qui transgresse la « Défense » ; — 3/ Effet de chose jugée.

De ces trois effets seul le premier est commun aux deux Rechtsbot. Nous examinerons les deux autres quand nous étudierons, en détail, le Rechtsbot général et le Rechtsbot spécial. Il ne saurait être question ici que de « l'obligation d'obéissance » et encore ce point ne nécessite-t-il pas de longs développements : les dispositions législatives à cet égard sont très brèves, mais très nettes et au principe général qu'elles posent n'admettent que deux exceptions, l'une relative au Rechtsbot conditionnel, — l'autre au cas où, en raison du danger qui résulterait pour le défendeur de la stricte observation du Rechtshot, l'exercice du droit, en principe interdit, est cependant toléré en échange de garanties.

Cette disposition exceptionnelle n'est pas la seule mesure de protection que la loi ait prévue en faveur du défen-

deur. De tout temps on avait songé à l'abus que pourrait faire du Rechtsbot un demandeur peu scrupuleux, ou même simplement ignorant de ses droits. Le C. p. civ. de 1860 (canton de Glaris) édictait « une amende de 10 à 100 fr. à l'encontre de celui qui signifie sans droits une « Défense », sans préjudice des dommages-intérêts dont il pourra être tenu ». Le C. p. civ. de 1895 supprime l'amende, — mais conserve le principe de la responsabilité civile. Une tendance, il est vrai, se manifeste dans la Jurisprudence, à alléger cette responsabilité et à ne la faire supporter au demandeur qu'en cas de dol ou de faute lourde, car, en somme « il aura fait usage d'une règle normale de procédure qui s'offrait à lui (1). »

Les considérations que nous venons d'exposer sont communes aux deux espèces de Rechtsbot. Il nous faut, maintenant, esquisser les traits particuliers de chacun d'eux.

A. Rechtsbot Général.

Le Rechtsbot général est limité aux questions relatives aux immeubles. Le Code de 1807 qui n'a pas été abrogé — du moins en ce qui concerne cette disposition — s'exprime sur ce point d'une façon formelle et non équivoque. Le Rechtsbot général a pour but de protéger un propriétaire ou un possesseur d'immeubles contre des troubles quelconques, même éventuels, qu'un tiers pourrait apporter à l'exercice de son droit.

Une des particularités intéressantes de ce Rechtsbot, c'est la façon dont il est porté à la connaissance de ceux à

(1) Jugement du Trib. fédéral du 27 nov. 1896 — cité par Fritzche.

qui il s'adresse : comme le nombre de ceux-ci est indéterminé il ne fallait pas songer à une notification individuelle de la « Défense » : outre qu'une omission eût toujours été à redouter, les frais nécessités par une telle opération eussent été souvent hors de proportions avec l'intérêt en litige. Les cantons où le Rechtsbot général est en vigueur ont adopté une solution qui, pour n'être pas à l'abri de toutes critiques, répond suffisamment au but que la signification individuelle ne pouvait atteindre : le Rechtsbot est « publié ». Autrefois, le lieu de publication des Rechtsbot était l'église : là, en effet, se réunissait à un jour, à une heure fixe, sinon la totalité, du moins la très grosse majorité des habitants de la commune : il n'est pas téméraire d'affirmer que chaque foyer avait, à l'office du dimanche, au moins un représentant : dans ces conditions la publicité du Rechtsbot se faisait entourée de garanties suffisantes, — d'autant que si une seule publication suffisait pour provoquer le « devoir d'obéissance », il en fallait trois. séparées par des intervalles de quatre mois pour conférer au Rechtsbot général la force de chose jugée. Quelques avantages que présentât un tel mode de publication, il était manifestement incompatible avec la liberté de conscience. Vers le milieu du XIX^e^ S., à l'époque de troubles de religion dont le souvenir en Suisse est à peine effacé, ce système fut vivement combattu ; en 1847, une loi le supprima. Désormais, la publicité est assurée par la « Feuille cantonale officielle » dans laquelle le Rechtsbot, pour acquérir force de chose jugée, doit paraître en trois insertions se suivant à intervalles d'au moins quatre mois.

Le Rechtsbot qui a satisfait à ces conditions de publici-

té impose à tout le monde l'obligation de respecter les « Défenses » qu'il édicte : les personnes qui se sentent lésées par lui n'ont d'autres ressources que de faire procéder à une rectification amiable du Rechtsbot, — ou, si le demandeur s'y refuse, que de s'adresser à justice pour faire trancher la question litigieuse. La procédure ordinaire est alors mise en jeu et la mission propre au Rechtsbot est de ce fait terminée. Mais le défendeur, lésé même injustement par un Rechtsbot, n'a pas le droit de contrevenir à la défense qui lui est faite : tant que le Rechtsbot est en vigueur, tant qu'il réunit les conditions formelles qui lui donnent validité, il doit être respecté. La sanction de tout manquement à cette obligation est, à vrai dire, assez anodine : c'est la peine qui punit les délits de simple police : amende de 2 à 5 frs (1 .

Nous supposons, maintenant, que le Rechtsbot général n'émeuve aucun de ceux à qui il s'adresse, — que contre lui aucune opposition ne se manifeste, — qu'il ne donne lieu à aucun procès. Quel état de choses en va-t-il résulter ? En principe, originairement, du moins dans le canton de Glaris, dont la législation sur la matière inspira celle des cantons du premier groupe, le Rechtsbot général publié trois fois et non combattu acquérait, sans autre formalité, force de chose jugée. Mais de bonne heure s'introduisit une formalité supplémentaire, l' « octroi de lettre et sceau (2), »

(1). Bien entendu si la violation de la défense s'explique par des motifs indépendants de la volonté du défendeur, il n'y a pas lieu d'appliquer la pénalité prévue.

(2). Lettre et sceau. — « Toute pièce délivrée et signée par un employé officiel dans l'exercice de ses fonctions d'après les prescriptions légales ». — « De tels documents ont en droit pleine force et autorité et aucune contestation n'est possible vis-à-vis d'eux, (Z. P. O. 1837. § 188).

destinée uniquement à ménager au demandeur un moyen de preuve plus facile et plus sûr, et non à conférer au Rechtsbot une force exécutoire plus grande. Cependant, par la force des choses, cette formalité superflue finit par faire corps avec l'institution du Rechtsbot et par ajouter à celui-ci une authenticité plus grande : le Rechtsbot « scellé » était immédiatement exécutoire ; le Rechtsbot publié trois fois, mais non scellé, ne devenait exécutoire que si dans le délai d'un an, à dater de la dernière lecture, il n'avait pas été combattu. Le C. p. civ. de 1860 simplifia les choses et donna à l'institution sa physionomie actuelle : pour que le Rechtsbot général ait force exécutoire, il suffit qu'il ait été publié trois fois dans une feuille officielle et que, dans le délai d'un an, à partir de la dernière publication, aucune opposition n'ait été formée contre lui. La formalité de « lettre et sceau » tomba dès lors en désuétude.

Tels sont les traits caractéristiques du Rechtsbot général qui, non seulement l'opposent à d'autres systèmes similaires adoptés en Suisse, comme le Rechtsbot spécial, mais en font même une institution originale qu'aucune autre législation, à notre connaissance, n'a adoptée.

B. Rechtsbot-spécial.

Le Rechtsbot spécial n'est pas limité aux seules questions relatives aux immeubles : toute demande susceptible de s'exprimer par une « Défense » peut emprunter la forme d'un Rechtsbot spécial. Il ne saurait donc être, ici, question de donner une énumération de toutes les hypothèses où l'on peut en faire usage ; mentionnons seulement les cas les plus fréquents : partages de succes-

sions, — liquidations, — saisies-arrêts (Verlegzeddel), — questions de propriété, servitudes, etc.... Quel que soit, d'ailleurs, l'objet de ce Rechtsbot, il ne fait jamais que régler une situation provisoire jusqu'à ce que soit intervenue une décision judiciaire ou extra-judiciaire.

Le Rechtshot spécial ne s'adresse qu'à une personne déterminée à la connaissance de laquelle il est porté par un mode de signification qui n'offre rien d'original : la remise du Rechtsbot au destinataire peut s'effectuer par l'intermédiaire d'une tierce personne « qui n'est pas partie », — ou, depuis l'ordonnance de 1895 (§ 60), par la poste. Le destinataire ou ses « proches » ont le devoir de recevoir le Rechtsbot ; en le refusant, ils se rendent coupables d'un délit de simple police et passibles d'une amende de 3 à 10 fr.

Une pénalité plus sévère menace celui qui, ayant reçu un Rechtsbot spécial, l'a transgressé : déjà, avant l'ordonnance de 1837, on avait remarqué qu'il est plus grave de violer un Rechtsbot spécial qu'un Rechtsbot général ; — que la sanction, dans les deux cas, ne devait donc pas être la même. Mais, pour mettre le défendeur à l'abri de toute surprise, pour bien souligner à son intention l'importance de la défense qui lui est faite, on prit coutume de procéder à des significations réitérées : la seconde rendait le défendeur passible d'une amende de deux couronnes ; la troisième, — la dernière, — qui était réputée faite « sous serment » l'assimilait à un parjure et la sanction était alors particulièrement grave : forte amende ou prison. Peu à peu la signification réitérée fut abolie ; l'expression « sous serment » disparut des textes. Mais les pénalités demeuraient aussi

sévères. Il y avait là une évidente anomalie dont la jurisprudence s'efforçait, dans la mesure du possible, d'atténuer les effets et qu'une loi, en 1889, supprima. Dès lors la violation du Rechtsbot fut considérée comme un délit de simple police et frappée d'une peine très légère. En somme, cette évolution achevée, on voit qu'entre les deux Rechtsbot, il n'y a pas grande différence quant à la sanction du devoir d'obéissance.

Il n'y en a pas davantage, aujourd'hui, entre eux, en ce qui concerne l'effet de chose jugée. Mais il n'en a pas toujours été ainsi. Alors que depuis plus de deux Siècles, le Rechtsbot général régulièrement rendu et publié, contre lequel aucune opposition n'avait été faite, constituait ipso facto un titre juridiquement inattaquable, le Rechtsbot spécial, toutes choses égales, était loin de présenter les mêmes avantages. Sans doute, le défendeur qui avait négligé de faire à temps opposition se trouvait dans l'obligation d'introduire sa demande devant les Tribunaux par la voie de la procédure ordinaire ; — sans doute, il figurait alors au procès avec le rôle ingrat de demandeur ; — sans doute, l'auteur du Rechtsbot pouvait prétendre que le défaut d'opposition constituait une présomption en faveur du bien fondé de la « Défense ». Mais il n'en était pas moins vrai qu'il ne suffisait pas alors au bénéficiaire du Rechtsbot, pour faire sa preuve, d'exciper du défaut d'opposition : il lui fallait établir, d'une façon positive, ses prétentions et, somme toute, le Rechtsbot n'avait servi à rien qu'à retarder le procès et à l'allonger, résultat peu conforme au but poursuivi.

Rien ne légitimait une telle différence entre les deux

Rechtsbot, elle subsista, pourtant, jusqu'en 1860. A cette époque, on décida que si, dans un délai de six mois, aucune opposition n'avait été formée contre un Rechtsbot spécial régulièrement signifié, celui-ci serait « réputé reconnu avec toutes ses conséquences par le défendeur. » Ainsi, se trouva créé sans examen juridique, comme dans le cas d'un Rechtsbot général, et même plus rapidement que pour celui-ci, un titre générateur de droits semblable à un jugement.

Les deux Rechtsbot qui, dans le principe, différaient profondément entre eux, sont donc maintenant presque identiques : tous deux il obligent le défendeur au devoir d'obéissance sous peine d'une légère amende ; tous deux ils emportent effet de chose jugée. Ils ne se séparent plus que quant au mode de publication, (mais c'est là une différence toute superficielle sans rapport avec la nature intrinsèque des deux institutions), et quant au nombre plus ou moins grand des cas auxquels ils s'appliquent. Le Rechtsbot général ne convient qu'aux questions relatives aux immeubles. Le Rechtsbot spécial peut être employé pour toute demande susceptible de se manifester par une « Défense ». Ceci va de soi : c'est la conséquence de la vieille distinction entre le droit réel et le droit de créance. Le droit réel s'opposant « à tout le monde comme sujet passif » ne peut être sauvegardé que par un Rechtsbot général ; — le droit de créance, ayant comme sujet passif un nombre limitativement déterminé de débiteurs, l'instrument de protection, que la loi suisse met entre les mains du demandeur, sera naturellement un Rechtsbot spécial.

Nous en avons terminé avec l'étude des Rechtsbot du

premier groupe. Si nous nous y sommes quelque peu attardés, c'est qu'ils constituaient une procédure réellement originale, dont nulle part ailleurs, on ne retrouve les traces et que l'Allemagne elle-même — berceau de la procédure monitoire — ignore complètement.

II

Le Rechtsbot dans les deux Appenzell et le canton de St-Gall

Avec l'étude du Rechtsbot dans les cantons du deuxième groupe, nous revenons dans un domaine déjà connu ; nous retrouvons, réglée moins minutieusement, la procédure exécutoire que nous avons vue en usage en Allemagne et en Autriche. Le § 2 de l'ordonnance de procédure civile, actuellement en vigueur dans le canton d'Appenzell. a. Rh., en précise ainsi l'objet : « Celui-là peut émettre un Rechtsbot qui prétend exiger d'un tiers qu'il fasse ou ne fasse pas quelque chose, — qu'il lui prête ou lui donne quelque chose, — qu'il abandonne ses droits ou exécute une obligation ». La définition de l'institution est, on le voit, très large et laisse à la jurisprudence une grande latitude d'interprétation ; en fait, à quelques rares exceptions près (1), aucun procès civil ne peut, en principe, avoir lieu sans que l'on ait essayé de l'éviter au moyen d'un Rechtsbot (2).

La personne qui désire obtenir un Rechtsbot (3), s'adresse au Président du Tribunal civil (dans le canton d'Appenzell.

(1) Il n'y a guère que pour les demandes en « réconciliation ou séparation d'un lien conjugal » et pour les actions en réparation d'injures que le Rechtsbot n'est pas obligatoire.

(2). « Un coup d'œil jeté sur le registre des Rechtsbot du Tribunal de Herisau nous fait voir de combien d'applications variées les Rechtsbot sont susceptibles : « même les plus petites questions de la vie quotidienne peuvent emprunter cette voie de droit » (Fritzche.Das Rechtsbot p. 49).

(3) Dans ce §, il n'est question que de Rechtsbot spéciaux. Les Rechtsbot généraux sont inconnus dans les cantons du 2ème groupe.

(a. Rh.) ; — au Landammann (dans le canton d'Appenzell. i. Rh.). L'autorité compétente rédige la demande et la fait parvenir au destinataire, par l'intermédiaire d'un huissier ou de la poste. Un double du Rechtsbot est inscrit sur le registre ad hoc et, à la demande expresse du requérant, on lui en délivre une copie,

L'effet du Rechtsbot régulièrement rendu et signifié varie suivant l'attitude qu'adopte le défendeur : s'il obtempère, pas de difficultés. Mais il peut aussi ne pas tenir compte du Rechtsbot qui lui est adressé, sans pour autant le combattre. Il peut enfin élever formellement opposition.

Supposons d'abord que le Rechtsbot ne soit pas contesté. Si dans un délai déterminé, (qui n'est pas le même dans chaque canton) le défendeur n'a pas formé opposition, le Rechtsbot « acquiert force de chose jugée » et comme tel « il doit être protégé à l'égal d'un jugement ayant acquis force de chose jugée (1) ». Il y a lieu de procéder à l'exécution : muni d'un certificat du juge constatant le défaut d'opposition, le demandeur obtient du Conseil du Gouvernement ou de l'un de ses membres le Commandement officiel, qui sera signifié au défendeur par les soins du Président du Tribunal. Le Commandement devient, immédiatement, exécutoire et le défendeur qui y contrevient s'expose aux poursuites prévues par le § 60 du C. pénal.

On a pris des mesures de protection en faveur des défendeurs qu'une procédure aussi expéditive pourrait léser sans que, cependant, on ait aucune faute à leur reprocher.

(1) C. p. civ. canton d'Appenzell a. Rh. 4. § 114.

« Si le défaut d'opposition s'explique par des circonstances particulières, le juge compétent décide s'il y a lieu de maintenir ou d'abolir le Rechtsbot ». (C. Appenzell a. Rh. § 38) — « En ce qui concerne la déchéance résultant du défaut d'opposition. l'appel devant le Tribunal de district est ouvert (Appenzell. i. Rh. § 26). Cette dernière rédaction n'est peut-être pas très heureuse (elle pourrait laisser supposer que l'appel est possible en toute hypothèse) ; mais le sens des deux dispositions est parfaitement clair : elles permettent la « Restitutio in integrum » toutes les fois que des motifs sérieux se sont opposés à ce que l'opposition soit formée. En fait d'ailleurs on a eu rarement l'occasion d'appliquer ces deux articles.

Si le défendeur, fort de son droit, s'estime lésé par le Rechtsbot, il doit, dans les délais impartis, former opposition devant le juge conciliateur (1). L'opposition produit les effets d'une citation en conciliation. Le juge assigne les parties à comparaître devant lui : si elles se concilient, tout est fini par là. Dans le cas contraire il les renvoie devant le Tribunal compétent qui statue ; la sentence porte sur l'annulation, la confirmation ou la modification du Rechtsbot.

Parmi les juristes, comme devant les Tribunaux, s'est posée la question de la nature juridique du Rechtsbot. Fait-il partie intrinsèque de la procédure ou bien n'est-ce qu'une « mesure pratique qui peut, dans certaines circonstances, conduire à la procédure judiciaire, mais ne peut-être représentée comme l'introduction de celle-ci ». C'est sur cette der-

(1) Si le procès est relatif à des immeubles, il doit en outre solliciter auparavant, dans le canton d'Appenzell i. Rh. une descente sur les lieux.

nière conception que se sont mises d'accord la doctrine, en majorité, et la jurisprudence. On objecte bien, sans doute, que les textes, à propos du Rechtsbot, parlent de « demandeur » et de « défendeur » et que de telles appellations ne s'expliquent que si l'on considère la demande comme introduite. Mais Fritzche fait très judicieusement observer qu'il ne faut pas prendre trop à la lettre ces expressions — très certainement elles ne figurent dans les textes que pour éviter celles plus lourdes et disgracieuses de « Donneur de Rechtsbot », — « Destinataire de Rechtsbot ». En somme pour le cas où le Rechtsbot aboutit à un procès qui se déroulera, ensuite, conformément aux règles ordinaires, la loi Suisse ne le considère pas autrement que comme une tentative de conciliation qui a échoué.

APPENDICE I

Loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite.

Les principes de la procédure monitoire, dont nous venons de voir dans certains cantons suisses quelques applications originales, ont fini par pénétrer dans la législation fédérale. Nous n'en voulons pour preuves que les dispositions de la loi du 11 avril 1889 relatives au commandement de payer et à l'opposition à commandement.

Le créancier, même dépourvu de titres, fait, par l'intermédiaire de l'office des poursuites (1), sommation au débiteur d'avoir, dans les 20 jours de la signification, à effectuer le paiement de sa dette, sous peine d'y être contraint par voie d'exécution forcée. Contre ce commandement le débiteur peut élever opposition — un délai de 10 jours lui est imparti pour cela. L'opposition suspend l'exécution et oblige le créancier à porter l'affaire devant les Tribunaux en empruntant la voie de la procédure ordinaire ou la voie plus rapide de la demande en mainlevée d'opposition. Si le débiteur ne profite pas de la faculté qui lui est donnée de faire opposition, le créancier peut, à l'expiration des délais, poursuivre l'exécution forcée, qui aboutit suivant les cas à la saisie ou à la faillite.

(1) En Suisse, le créancier abandonne les formalités de la poursuite aux mains d'un Syndicat officiel qui moyennant une faible rémunération conduit contre le débiteur la procédure que nous exposons dans cet appendice. (V. pour les détails Oltramare. Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite — Commentaire explicatif — 1892 — ; — Thaller et Perceron Faillites. I. I. nº 65 et suivant).

APPENDICE II

Formule de rechesbot général (1)

En vertu du pouvoir à lui concédé par l'autorité supérieure M. X. fait savoir à chacun qu'il fait à bon droit et à bon escient défense à tout le monde pour un temps déterminé de faucher, couper à la faucille, arracher des céréales, conduire des chèvres, brebis ou autre bétail sur sa forêt particulière sise à... ainsi qu'on l'a déjà fait témérairement et sans droit.

Sous réserves :

1 — Aux sieurs X. Y... du droit d'abreuvoir à eux concédé en vertu de l'acte de vente du...

2 — Etc...

Je veillerai à tout ceci avec beaucoup de soins et déférerai tout contrevenant aux magistrats compétents — je poursuivrai le recouvrement de tous frais et dommages.

(1) Rapportée par Fritzche : Das Rechtsbot. p. 21

CHAPITRE III

La procédure monitoire en tant que procédure exceptionnelle en faveur de droits privilégiés

Dans le chapitre précédent, nous avons vu comment fonctionnait la procédure exécutoire dans les 3 pays où elle est en usage en tant que système général : lorsque dans un chapitre spécial nous tenterons une appréciation critique des divers systèmes de procédure monitoire et que, pour ce faire, nous comparerons les uns aux autres ceux que nous aurons étudiés, il apparaitra sans doute entre les systèmes de ces trois pays bien des différences. Quelle que soit l'importance de celles-ci, il n'en restera pas moins que tous trois ils sont inspirés de principes identiques, — qu'ils se présentent à nous comme un ensemble homogène, complet, se suffisant à lui même et s'opposant à la procédure ordinaire au moyen de laquelle généralement les litiges sont soumis à l'examen des Tribunaux.

Il nous faut maintenant parler d'une procédure monitoire que Chiovenda (1) caractérise d'une façon très heureuse

(1) Principes de procédure civile. p. 172.

en la présentant « comme une forme de procédure privilégiée et tout à fait exceptionnelle en faveur de droits déterminés ». Elle n'a que de vague rapports avec la procédure exécutoire du moyen-âge dont dérivent les procédures monitoires modernes : la doctrine ne semble pas lui accorder son attention et jamais à propos d'elle, les juristes n'ont soutenu de controverses, comme le firent les Glossateurs à propos du Praeceptum.

Le C. p. civ. autrichien qui, nous l'avons vu, admet la procédure monitoire en tant que système général, l'autorise également en tant que procédure exceptionnelle dans un cas particulier. Elle est appliquée en Italie à deux espèces de procès. Enfin, dans le droit français, on en rencontre plusieurs applications dont quelques unes sont d'une certaine importance pratique.(1).

I

Droit autrichien

PROCÉDURE PRIVILÉGIÉE EN VUE DE RÉSOUDRE CERTAINES DIFFICULTÉS RELATIVES AU CONTRAT DE LOUAGE

Le législateur autrichien, ne se contentant pas d'avoir mis à la disposition des plaideurs des procédures simples et expéditives comme le Mahnverfahren et le Mandatsverfahren, en a imaginé une particulièrement privilégiée, applicable aux litiges relatifs aux contrats de louage. Cette matière des con-

(1) En Angleterre les jugements rendus à l'étranger reçoivent l'exequatur (writ of spécial indorsement) en vertu de principes qui offrent quelque analogie avec la procédure monitoire dont ce « writ of spécial indorsement » ne saurait pourtant être considéré comme une application (V. Kohler, Encyclopédie. p. 192. En note)

trats de louage a, d'ailleurs, été l'objet de la sollicitude du C. p. civ. autrichien, qui consacre à sa réglementation les §§ 560 à 570, sous les rubriques : Congé (judiciaire et extrajudiciaire); — Demande en remise ou en reprise d'objets loués ; — Situation du sous-locataire ; — Tacite reconduction du contrat de location ; — Délais ; — Procédure. De ces diverses dispositions qui, toutes, ne présentent pas pour nous le même intérêt, nous extrayons celles qui ont trait à la procédure qui nous occupe.

Le § 561 dispose, tout d'abord, que « les contrats de louage peuvent être résiliés judiciairement ou extrajudiciairement, aussi bien à la requête du bailleur qu'à la requête du preneur ».

Il convient d'abord de bien préciser le sens des mots « congé », — « résiliation, » que le code autrichien emploie dans deux acceptions différentes, — mais, semble-t-il, parfois, indifféremment l'un pour l'autre : le congé désigne un acte qui a pour but d'empêcher le renouvellement tacite du contrat ; — la résiliation d'un acte destiné à provoquer la rupture du contrat avant que soit arrivé le terme.

Le congé ne nous intéresse pas. La résiliation, au contraire, doit retenir notre attention.

Résiliation extrajudiciaire. — (§ 265). « Le congé extrajudiciaire peut se produire par notaire ou d'une autre manière.... Pour qu'une telle résiliation extrajudiciaire produise l'effet d'une résiliation judiciaire, il faut qu'elle repose sur des documents qui, en raison de leur force probante, ne laissent aucune place au doute ; dans ce cas, en outre, on doit observer les délais prévus par les articles 563 et 564.. »

(§ 266). — « Celui contre qui une semblable résiliation extrajudiciaire est dirigée doit dans le délai de 8 jours, — ou si le délai de résiliation est de moins de 15 jours dans le délai de 3 jours (§ 562. al. 1), après qu'il a pris connaissance de la résiliation, présenter oralement ou par écrit ses exceptions contre cette demande devant le Tribunal dans le ressort duquel se trouve l'objet du contrat, faute de quoi la résiliation est accomplie ».

On ne reconnaît pas nettement, dans de telles règles, les traits de la procédure monitoire : le Tribunal ne concourt pas à l'acte initial, le congé, et s'il intervient par la suite, c'est qu'il est saisi par le défendeur qui soulève des exceptions. Une telle procédure présente des analogies assez frappantes avec notre opposition à commandement : ce n'est pas, à proprement parler, une procédure monitoire.

La résiliation judiciaire est prévue, réglée ainsi qu'il suit :

(§ 567). — « Pour les locations qui s'éteignent sans congé préalable à l'expiration du bail, chaque partie peut avant l'expiration du laps de temps prévu, solliciter de justice une décision qui enjoigne à l'adversaire de remettre ou de reprendre dans un délai déterminé, sous peine d'exécution, l'objet de la location, — ou de former opposition contre cette demande dans un délai de 8 jours ».

(§ 571).— « Si l'opposition est faite à temps, il y a lieu de fixer l'audience en vue du débat oral. Pour la fixation de la première audience et des audiences suivantes, comme pour la détermination des délais, il convient de prendre en considération l'urgence du contrat ».

La partie qui cite l'autre en remise ou en reprise du contrat doit être considérée comme demanderesse.

Les exceptions tardives contre la décision judiciaire relative à la remise ou à la reprise de l'objet du bail doivent être rejetées d'office et sans débat.

L'omission du délai en vue de l'opposition ne donne pas lieu à « restitutio in integrum ».

(§ 575)... Le délai pour l'introduction de la demande en « restitutio in integrum », le délai pour l'appel ou la la revision ou pour l'opposition sont de 8 jours.

Contre les décisions judiciaires relatives à la remise ou à la reprise de l'objet du contrat, aucun recours de droit n'est recevable, exception faite de l'opposition.

La décision judiciaire relative à la remise ou à la reprise de l'objet du contrat, soit qu'il n'ait pas été fait opposition, soit qu'il ait été statué sur l'opposition faite à temps, perd sa force si, dans les 14 jours à partir du jour fixé pour la remise ou la reprise de l'objet, aucun acte d'exécution n'a été entrepris.

Ces dispositions rappellent singulièrement celles de la loi du 27 avril 1873 que nous avons précédemment exposées. Il s'en faut pourtant que cette procédure fasse double emploi avec le Mahnverfahren ou le Mandatsverfahren.

Le Mahnverfahren n'est en effet applicable qu'au recouvrement de créances d'argent ou de choses fongibles, — à condition en outre que l'intérêt en litige ne soit pas supérieur à 200 fl. Une telle procédure ne saurait être employée en vue de la résiliation d'un contrat, alors surtout que les loyers sont très souvent supérieurs à 200 florins. La procédure des

§ § 565 et suivants répondait donc bien à un besoin certain. Elle a en outre sur le Mahnverfahren ou le Mandatsverfahren cet avantage appréciable (les questions de résiliation de bail requérant généralement célérité) de resteindre les délais : tous les délais fixés en vue d'un recours sont de 8 jours dit le § 575. al. 1 — Dans le Mahnverfahren le délai d'opposition, le délai en vue de la restitutio in integrum sont de 14 jours ; et, tandis que suivant l'art. 16 de la loi du 27 avril 1873 le commandement est périmé si dans un délai de 6 mois le créancier néglige de poursuivre l'exécution, la péremption de la décision judiciaire, suivant le § 575 al. 3 se produit, en matière de louage, à l'expiration d'un délai beaucoup plus court : 15 jours.

La réduction des délais dans la procédure relative aux contrats de louage, mesure lourde pour le débiteur, est encore aggravée par la disposition du § 571. al. 4. « L'omission du délai en vue de l'opposition ne donne pas lieu à restitutio in integrum. »

II

La procédure monitoire dans le droit italien (1)

Le droit italien ne connaît que deux applications de la procédure monitoire : l'une relative « au paiement des frais des officiers ministériels »; — l'autre « au congé pour remise d'immeuble en suite de fin de bail ».

1. — *Procédure exceptionnelle en vue du recouvrement des frais des officiers ministériels* (art. 379, C. p. civ. ; — art. 73 de la loi notariale du 25 mai 1879). —

Les avocats, avoués, notaires, experts, greffiers, officiers ministériels et autres auxiliaires de la justice pour obtenir le paiement des frais avancés par eux, des frais à eux dus par leurs clients ou mandants présentent leur note au Président du Tribunal ; celui-ci appose au bas de cette note un ordre de payer qui devient exécutoire à dater de sa signification dans un délai qui ne peut être inférieur à 10 jours ni supérieur à 30 (2), si dans l'intervalle aucune opposition n'a été élevée contre lui.

Nous sommes incontestablement en présence d'une pro-

(1) Les éléments de ce paragraphe ont été empruntés à Chiovenda (Principes de procédure civile. Ouvrage en cours de publication 1907, 1908, 1910, 1911. P. 170 et suiv.)

(2) Le délai imparti au débiteur est le même pour payer que pour faire opposition; le texte, il est vrai, ne le dit pas, mais il ne saurait en être autrement : de tout temps l'obligation imposée par l'ordre de paiement a paru être une obligation alternative : « Est enim preceptum alternativum .. et in alternativis sufficit unam partem adimpleri. » (Colerus Pars 1. Ch. 2. § 239). Or il est de règle que les 2 formes d'une obligation alternative soient affectées des mêmes modalités, en l'espèce du même terme

cédure monitoire. Nous avons déjà vu que les trois traits caractéristiques de cette procédure sont le défaut d'examen de l'affaire par le juge, — le défaut de comparution de l'adversaire lors de la délivrance de l'ordre de paiement, — la délivrance conditionnelle de celui-ci.

Sans doute il ne faut pas prendre à la lettre l'expression défaut d'examen de l'affaire par le juge : il ne saurait être question de demander à celui-ci d'apposer sa signature au bas de toute pièce émanant d'un officier ministériel et présentée comme en état de frais. Le juge doit notamment vérifier :

1/ Si la personne qui use de la procédure monitoire est bien une de celles à qui la loi réserve cette procédure de faveur :

2/ Si la créance réclamée correspond réellement au travail fourni (1).

3/ Si l'état de frais présenté a bien été soumis préalablement au visa de l'autorité compétente pour l'examiner (Président de la Chambre des notaires pour les notaires ; — Conseil de l'Ordre pour les avocats), — autorité qui effectue elle-même un certain contrôle.

Mais à cela se borne l'examen du juge ; il n'a pas à voir si le travail dont le salaire est réclamé a été réellement effectué. (Si pourtant ce travail semblait manifestement imagi-

(1) Les personnes visées par l'art. 372 peuvent invoquer les dispositions de celui-ci en faveur de toute créance se rattachent aux prestations par eux fournies: seront donc recouvrés par la voie de la procédure exécutoire non seulement les frais et honoraires strictement prévus par les tarifs, mais encore ceux qui pourront être dus à l'officier ministériel à titre d'honoraires extraordinaires, — ce que Chiovenda exprime d'une façou concise et saisissante en disant que la procédure monitoire s'applique aux frais résultant non seulement de l' « agere — mais encore du consulere et du cavere » (Chiovenda L. cit. p. 174).

naire, impossible, simulé, il aurait pour devoir de refuser d'apposer l'exécutoire au bas de l'état.)

En ce qui concerne les deux autres éléments de la procédure monitoire : défaut de comparution du défendeur, — délivrance conditionnelle de l'exécutoire, il ne saurait y avoir de difficultés.

L'exécutoire rendu en conformité de ces principes est signifié, ainsi que nous l'avons dit plus haut, au débiteur : si celui-ci, dans les délais impartis, use du droit qui lui est réservé de former opposition, l'exécutoire perd sa force, joue le rôle d'une citation et l'affaire est alors jugée suivant les règles ordinaires de la procédure ; si au contraire le défendeur reste inactif, l'exécutoire délivré par le Président acquiert, passés les délais, autorité de chose jugée.

Ainsi que nous le verrons tout à l'heure, la procédure de l'article 379 est, dans ses traits essentiels, et même sur de nombreux points de détail, semblable à la procédure que la loi du 24 décembre 1897 a introduite en France relativement aux frais dûs aux notaires, avoués et huissiers.

B. — *Congé pour remise d'immeubles par suite de fin de bail* (*L. 24 décembre 1896*).

L'autre application de la procédure monitoire dans le droit italien mérite davantage notre attention, car elle est inconnue du droit français.

Lorsque le fermier, le métayer, le tenancier, le gérant, le colon d'un bien immobilier n'offre plus à son propriétaire des garanties suffisantes, celui ci peut lui signifier congé et lui impartir un délai — fixé par la loi, la coutume locale ou le contrat initial — pour s'y conformer ou faire opposition :

la signification du congé est accompagnée de la citation en validation de celui-ci. Si dans le délai qui lui est fixé, le défendeur ne comparaît pas, ou comparaissant, n'élève aucune opposition, constatation de ces faits est dressée dans le Procès-verbal d'audience, et le congé acquiert force de titre exécutoire. De cette façon se trouve créé au profit du propriétaire un titre qui lui permettra, lorsque son fermier aura fait de mauvaises affaires et sera sous le coup de poursuites, non seulement de faire valoir un droit de privilège sur ses immeubles, — mais encore d'en recouvrer la possession, sans que personne puisse émettre de prétentions sur eux.

Ici on retrouve moins nettement les caractères essentiels de la procédure monitoire: la justice n'est pas associée au premier acte de la procédure: le congé adressé par le propriétaire au locataire émane de lui seul (1): aucun juge n'y appose sa signature. Alors que dans toute procédure monitoire — Preceptum executivum, — Mandatum, — Mahnverfahren, — Rechtsbot — l'acte initial de la procédure est une requête présentée au Tribunal, ici le juge n'apparaît pas tout d'abord. Il n'interviendra que plus tard, lorsqu'il sera question de valider le congé que le propriétaire aura, de sa propre autorité, adressé au locataire. Il est manifeste que par là se trouve encore simplifiée la procédure monitoire ; on réduit au minimum l'intervention du juge. Mais s'il apparait moins

(1) Ceci est d'autant plus singulier que la loi du 24 décembre 1896 est manifestement inspirée des dispositions du C. p. autr, sur le même objet (§ 61 et suiv.) Or la loi autrichienne dispose que le congé initial émane du juge. De même, avant la réalisation de l'unité italienne, dans les Etats dont les codes contenaient des dispositions sur cette matière, l'ordre de remettre les immeubles émanait de la justice (Lf. C. p. civ. de la Principauté d'Este de 1852 — art 312 et 314) — A ce point de vue, la loi italienne de 1896 a donc véritablement innové.

souvent, son rôle ne change pas : si le cité fait opposition on tombe dans la procédure ordinaire. S'il fait défaut, le juge, sans examiner l'affaire au fond, validera le congé, simplement parce qu'aucune opposition n'aura été formée. La décision du juge est en quelque sorte automatique. Ce phénomène juridique peut s'exprimer avec la concision d'une équation : pas d'opposition = validation. Nous sommes donc bien en présence d'une procédure monitoire puisque le juge ne procède pas à un examen de l'affaire au fond et se borne à des constatations formelles (1).

Pour pallier les effets — en certaines hypothèses dangereux — de principes aussi rigoureux, l'art. 3 dispose que « la citation doit être faite à personne ou renouvelée ».

D'ailleurs si la procédure est affectée d'un vice quelconque, le locataire, malgré qu'il n'ait pas fait à temps opposition, n'est pas privé de tout recours : la loi lui accorde un droit d' « opposition. » (C'est le nom assez mal choisi que lui donne la loi italienne ; il importe de ne pas confondre ce recours avec l'opposition à citation) : il ne faut voir là « qu'une forme de procédure de l'action en nullité » (Chiovenda), — une espèce de restitutio in integrum.

(1) Ces constatations par ex. peuvent avoir pour but de vérifier si la demande se rapporte bien à un contrat de louage, — si le délai imparti correspond bien au délai légal.

III

La procédure monitoire dans le droit français

A — Loi du 27 décembre 1897. — L'application la plus importante de la procédure monitoire, dans le droit français, est certainement la loi du 27 décembre 1897 sur le recouvrement des frais dûs aux notaires, avoués, huissiers. Elle met à la disposition de ces officiers ministériels une procédure plus simple, plus rapide, moins coûteuse que celles de la loi du 22 frimaire an VII (art. 30) et du décret du 16 février 1807.

Il n'entre pas dans nos vues de donner une analyse complète de la loi, il nous suffira d'en indiquer l'esprit et de montrer dans quelle mesure la procédure instaurée par cette loi apparaît comme une application de la procédure monitoire.

Les notaires, avoués, huissiers, désirant obtenir par voie judiciaire le paiement de leurs frais (1) présentent à la taxe un état détaillé de ce qui leur est dû : le juge taxateur faisant application du tarif ou s'inspirant de considérations d'équité examine l'état et en établit le montant. L'état taxé est ensuite signifié (2) à la partie débitrice. La signification doit mentionner que l'ordonnance de taxe deviendra exécutoire

(1) Les règles que nous allons indiquer s'appliquent également — sauf quelques points de détail sans grand intérêt théorique — aux frais réclamés par un avoué distractionnaire à la partie adverse condamnée aux dépens.

(2) Par acte d'avoué à avoué, s'il y a constitution d'avoué : sinon à personne et à domicile.

si dans les 15 jours elle n'est frappée d'opposition (1). — L'opposition doit être motivée. — Les débats provoqués par elle sur le fond même de l'affaire, ont lieu en Chambre du Conseil, le ministère public entendu.

La loi du 27 décembre 1897 constitue une heureuse réforme, dont l'officier ministériel et le justiciable ont également à se louer. Mais étudiée au point de vue qui nous intéresse, c'est-à-dire en tant que procédure monitoire, il faut reconnaître qu'elle s'est, dans une très large mesure, inspirée de certaines dispositions du Décret de 1807. Sous l'empire de celui-ci, la procédure à employer pour parvenir au recouvrement des frais était différente, suivant que l'avoué demandait le paiement des frais à son propre client on agissait, comme distractionnaire des dépens, à l'égard de l'adversaire (2).

Dans le premier cas la procédure à employer était réglée par l'art. 9 du Décret et l'art. 60 du C. p. civ. De la combinaison de ces deux textes résultaient les règles suivante :

1° La demande était dispensée du préliminaire de conciliation :

(1) « L'ordonnance de taxe est susceptible d'opposition tant de la partie débitrice que de la partie qui en est bénéficiaire » (art. 4). Cette disposition que jusqu'ici nous n'avions rencontrée dans aucune des procédures monitoires que nous avions étudiées s'explique aisément : en règle générale, dans la procédure monitoire, la délivrance de la requête initiale par le juge à lieu sans examen de l'affaire au fond : il est donc fait droit sans discussion aux prétentions du demandeur ; d'après la loi de 1897 au contraire, un grand pouvoir d'appréciation est laissé au juge taxateur. Il était donc naturel que l'on permît à l'officier ministériel, lésé par une décision de ce magistrat, de former lui-même opposition à l'ordonnance.

(2) L'observation que nous faisons n'a de portée que si l'officier ministériel qui fait usage de la procédure monitoire est un avoué — la distraction des dépens n'intéressant par les autres officiers ministériels. Mais pratiquement les avoués sont de tous les officiers ministériels, ceux qui, de beaucoup, recouvrent le plus fréquemment leurs frais par voie de justice.

2° Elle devrait être portée devant le Tribunal où les frais avaient été faits ;

3° Le juge de paix était incompétent ratione materiae, même si la demande était inférieure à 200 fr. (aujourd'hui 600 fr).

4° L'assignation devait contenir en tête la copie du mémoire des frais réclamés et taxés par le juge.

En somme, à quelques avantages près, on traitait la demande en paiement des frais comme une instance ordinaire.

Tout autre était la procédure employée lorsque l'avoué — la distraction des dépens ayant été prononcée à son profit — poursuivait la partie adverse condamnée aux dépens. Voici quelles étaient, dans cette hypothèse, les dispositions du Décret de 1807.

« Art. 5 — Le montant de la taxe sera porté au bas de l'état des dépens adjugés ; il sera signé du juge qui y aura procédé et du greffier. Lorsque ce montant n'aura pas été compris dans l'expédition de l'arrêt et du jugement, il en sera délivré exécutoire par le greffier.

Art. 6 — L'exécutoire ou le jugement au chef de la liquidation seront susceptibles d'opposition. L'opposition sera formée dans les 3 jours de la signification à avoué avec citation ; — il y sera statué sommairement..... »

La loi du 27 décembre 1897 était plus qu'en germe dans ces deux articles du Décret de 1807. Elle y était, en ces dispositions essentielles, tout entière (1). Nous retrouvons bien

(1) Et Chiovenda a certainement tort de prétendre que « le Code français ne connaît pas de procédure analogue à celles prévues par l'art. 379. C. p. civ. italien et par l'art. 73 de la loi italienne du 25 mai 1879 » Chiovenda. Principes de procédure civile (p. 173).

dans celui-ci les éléments caractéristiques de toute procédure monitoire : délivrance , « *inaudita parte,* » de l'ordonnance de taxe ; faculté d'opposition laissée à l'adversaire ; *transitio* (de l'ordonnance) *in vim simplicis citationis* du fait de l'opposition.

Sans doute, on relève des différence sérieuses entre la procédure de la loi de 1897 et celle réglée par les art. 5 et 6 du Décret de 1807.

Ainsi l'état de frais reste aux mains de l'avoué et le greffier n'a pas à en délivrer une grosse, ne fait plus qu'y apposer la formule exécutoire ;

La signification de l'exécutoire, l'opposition peuvent se faire par un simple acte d'avoué à avoué ;

Le délai d'opposition est de 15 jours au lieu de 3.

L'exécutoire de taxe produit les mêmes effets qu'un jugement.

Mais, il n'en reste pas moins acquis que le décret de 1807 connaissait déjà la procédure monitoire.

D'ailleurs, d'autres textes plus anciens encore, toujours en matière de dépens, en faisaient application :

L'art. 30 de la loi du 22 Frimaire an VII dispose :

« Les officiers publics qui.... auront fait, pour les par-
« ties, l'avance des droits d'enregistrement, pourront pren-
« dre exécutoire du juge de paix de leur canton pour leur
« remboursement. L'opposition qui serait formée contre cet
« exécutoire, ainsi que toutes les contestations qui s'élève-
« raient à cet égard, seront jugées conformément à l'art. 65
« de la présente, relatif aux instances poursuivies au nom
« de la Nation ».

Cette disposition législative, — que la Loi de 1897 n'a pas abrogée, mais qui du fait de cette loi est devenue sans utilité — est intéressante à deux points de vue : d'abord parce qu'elle reconnaît au juge de paix et non au greffier le droit de délivrer un exécutoire, — mais surtout parce que pendant un Siècle, avant la loi de 1897, la procédure monitoire, du fait de cet art. 30, a pu être mise en œuvre, en vue du recouvrement des frais — d'une partie au moins des frais — contre le client lui même et non plus contre l'adversaire.

B — *Contraintes administratives.* — La législation de cette époque prévoit d'ailleurs, dans d'autres circonstances encore, l'emploi d'une procédure qui présente également tous les traits de la procédure monitoire : la contrainte administrative.

On sait que l'État pour effectuer le recouvrement de ses créances n'est pas astreint à poursuivre les débiteurs récalcitrants devant les Tribunaux : l'Administration décerne contre eux des actes appelés « contraintes » ; et cette façon de procéder se rencontre en matière de finances, de douanes, de domaines, d'enregistrement, de contributions directes, de contributions indirectes.

Le débiteur qui croit avoir des raisons de s'élever contre les prétentions de l'État peut faire opposition à la contrainte.

En matière de contributions directes, l'opposition est portée devant le Sous-Préfet : la procédure à suivre ne saurait donc nous intéresser.

En matière de contributions indirectes, l'opposition est au contraire élevée devant l'autorité judiciaire.

Pour les droits d'enregistrement, la procédure est réglée par les art. 64 et 65 de la loi du 22 frimaire An VII.

Art. 64. — « Le premier acte de la poursuite pour le re-
« couvrement des droits d'enregistrement et le paiement
« des peines et amendes prononcées par la présente sera une
« contrainte : elle sera décernée par le receveur ou le préposé
« de la régie ; elle sera visée et déclarée exécutoire par le juge
« de paix du canton où le bureau est établi et elle sera si-
« gnifiée. — L'exécution de la contrainte ne pourra être in-
« terrompue que par une opposition formée par le redevable
« et motivée, avec assignation à jour fixe devant le Tribunal
« civil du Département. Dans ce cas l'opposant sera tenu
« d'élire domicile dans la commune où siège le Tribunal ».

(L'art. 65 est relatif à la procédure à suivre une fois l'instance introduite par l'opposition).

Pour les droits de douane la loi du 22 Août 1791 art. 32. Tit. XIII édicte des dispositions analogues.

En matière de régie, le Décret du 1er Germinal, An XIII, art. 43. 44. 45, posait les règles de procédures suivantes :

Art. 43 — « La régie pourra employer contre les contri-
« buables en retard la voie de contrainte.

Art. 44 — « La contrainte sera décernée par le direc-
« teur ou receveur de la régie ; elle sera visée et déclarée
« exécutoire sans frais par le juge de paix du canton où le
« bureau de perception est établi et pourra être modifiée par
« les préposés de la régie..... »

Art. 45— « L'exécution de la contrainte ne pourra être

« suspendue que par une opposition formée par le redeva-
« ble ; l'opposition sera motivée et contiendra assignation à
« jour fixe devant le Tribunal civil de l'arrondissement, avec
« élection de domicile dans la commune où siège le Tribu-
« nal : le délai pour l'échéance de l'assignation ne pourra
« excéder 8 jours, — le tout à peine de nullité de l'opposi-
« tion ».

Les dispositions de ces deux art. ont été quelque peu modifiées par l'art. 239. Tit. VI de la Loi du 28 avril 1816 :

« A défaut de paiement des droits, il sera décerné con-
« tre les redevables des contraintes qui seront exécutoires
« nonobstant opposition et sans y préjudicier ».

L'art. 239 supprime l'effet suspensif de la contrainte. Mais quant aux autres règles de procédure les art. précités du Décret du 1er Germinal An XIII restent en vigueur : elles s'expriment d'ailleurs dans les mêmes termes que les dispositions de la loi du 27 Frimaire An VII rapportée plus haut.

Ainsi dès la fin du XVIIIe S., dès le commencement du XIXe S., nous rencontrons la procédure monitoire en France. A plusieurs reprises, à propos d'une catégorie importante de créances, le législateur français manifeste sa sympathie pour une procédure expéditive qui, commençant par l'exécution et plaçant le débiteur en face d'un fait accompli, l'oblige à prendre parti sans profiter des subterfuges habituels. Cette constatation constitue un argument sérieux en faveur d'un usage plus développé de la Procédure monitoire dans notre vie juridique.

C. Lois des 31 Mars 1896 et 7 Mars 1905. — On est dès lors en droit de s'étonner que le législateur français ait manifesté si peu d'empressement à faire une place plus lar-

ge à la procédure monitoire. Avant les lois du 31 Mars 1896, du 31 décembre 1903, celle-ci modifiée par la loi du 7 mars 1905, aucun effort sérieux n'est fait dans ce sens.

La première de ces lois est relative à la vente des objets abandonnés ou laissés en gage par les voyageurs aux aubergistes et hôteliers. Voici brièvement résumées, ses dispositions essentielles : Les objets en question pourront être vendus dans les conditions suivantes. Une ordonnance rendue sur la requête de l'hôtelier par le juge de paix fixe les jour, lieu et heure de la vente qui, sauf le cas d'urgence, ne peut avoir lieu que six mois au moins après le départ du voyageur. Une publicité sérieuse est faite. Le propriétaire des objets peut faire opposition à la vente : l'opposition vaut citation devant le juge de paix. Ce magistrat statuera alors, suivant les règles ordinaires de la procédure, sur le litige qui lui sera ainsi soumis.

La loi du 31 décembre 1903, modifiée par la loi du 7 mars 1905 prévoit des règles de même nature à propos de la vente des objets abandonnés chez les ouvriers et industriels auxquels ils avaient été confiés pour être réparés et qui n'ont pas été retirés dans un délai de 2 ans.

Les lois dont nous venons de parler admettent sans doute la procédure monitoire, mais ce n'est jamais que dans des cas très particuliers : qu'il s'agisse du recouvrement par l'État de ses impôts ou par l'officier ministériel de ses frais, on se trouve toujours en présence de créances dont les bénéficiaires méritent incontestablement d'être privilégiés. L'objet de ce chapitre est d'ailleurs de nous faire connaître les législations qui ont adopté la procédure monitoire en faveur

de droits privilégiés. Mais voici que, dépassant le cadre du sujet que nous nous étions proposé de traiter à cet endroit il nous faut parler d'une application de la procédure monitoire due à l'ingéniosité d'un magistrat, consacrée par la jurisprudence et dont la pratique fait dans des hypothèses très variées, un usage assez fréquent : le système des ordonnances sur requête à charge d'en référer en cas de difficultés.

D. Ordonnances sur requête à charge d'en référer. — C'est à propos de la saisie-arrêt faite sans titre que M. de Belleyme fut amené à élaborer la combinaison à laquelle nous faisons allusion. Mais il est bien évident que ce système est applicable d'une façon générale dès qu'il s'agit d'ordonnances sur requête.

Pour l'exposé du système du Président de Belleyme, on ne saurait mieux faire assurément que de laisser la parole à son ingénieux inventeur.

« Le Président doit, dit M. de Belleyme, en permettant « de former opposition, réserver à la partie saisie le « droit d'en référer en cas de difficultés. Cette réserve est le « remède nécessaire aux abus des oppositions (1), afin de pou- « voir vérifier par les explications contradictoires des parties « si elle est fondée. Le Code de procédure qui a voulu préve- « nir les abus (exposé des motifs) n'a pu refuser le moyen le « plus efficace de les supprimer, car la procédure actuelle « expose encore à bien des délais pour obtenir en première « instance et en appel, une décision définitive. Le Président « est placé entre le créancier, qui peut par un refus perdre

(1) Le mot opposition qui revient plusieurs fois dans le passage cité a le sens de « Saisie-arrêt. »

« son seul gage, et le débiteur qui peut être exposé, par une « opposition injuste, à suspendre ses opérations et à un pré- « judice souvent irréparable. Un débat contradictoire est le « principe d'une bonne justice, et puisqu'on ne peut appeler « avant l'opposition le débiteur qui pourrait détourner le « gage, il ne reste pour établir ce débat que la réserve d'en « référer. L'expérience prouve que le débiteur peut souvent « contester avec avantage l'existence de la quotité de la « créance, présenter de justes obstacles au paiement ; sans la « réserve la mesure dite conservatoire pourrait être une « exécution vexatoire avant jugement. Cette réserve est la « conséquence des autorisations sur requête par le Président; « elle est comprise dans l'étendue des droits que la loi lui « confère, car la loi ne met aucune limite au pouvoir qu'elle « lui accorde, et la réserve lui permet d'en régler l'usage ; « sans la réserve, il refusera sur un simple doute, sur une « légère crainte, et le créancier qui conteste cette réserve en « éprouvera préjudice. La réserve d'en référer n'est con- « traire à aucune disposition de la loi ; le Président peut « donc donner une permission absolue, partielle, condi- « tionnelle et sous réserve. La loi donne le droit d'en réfé- « rer en matière de saisie conservatoire, de saisie revendi- « cation, de saisie foraine, d'arrestations d'étrangers et au- « tres. Le Président peut non seulement réduire la quotité « de la créance, et autoriser à toucher, en déposant les cau- « ses de l'opposition, mais encore permettre de recevoir la « totalité de la somme arrêtée. Enfin le créancier, en exécu « tant l'ordonnance, accepte cette réserve et devient non re « cevable à contester. Malgré ce dernier motif, le Président,

« profondément convaincu de la nécessité de la réserve d'en « référer, exige que la requête contienne l'offre et le consen- « tement d'en référer en cas de difficulté, et non s'il y a « lieu, pour former le contrat judiciaire, et afin que le « créancier ne puisse prétendre avoir accepté cette condition « irrégulière comme contraint et forcé et soutenir plus tard « qu'il n'y a lieu a référé (1) ».

(1) de Belleyme — Ordonnances sur requête et sur référé — 3e édit. T. I. p. 142 et suiv.

CHAPITRE IV

Les avantages et les inconvénients de la procédure monitoire. — Étude comparée des divers systèmes exposés.

Ce qui a si longtemps déterminé les Romanistes à ne pas admettre le « Preceptum executivum », — ce qui explique que bien des législations ignorent en tant que système complet la procédure exécutoire, c'est que celle-ci apparaît encore à certains esprits comme un paradoxe juridique, comme la consécration d'une pétition de principe. Et il faut bien reconnaître qu'il y a quelque chose d'étrange dans cette façon de procéder qui consiste, de la part du juge, à adjuger au demandeur ses conclusions, puis, si le défendeur fait opposition, à étudier l'affaire avant de se prononcer à nouveau. Que le défendeur s'abstienne de paraître en justice, la situation est plus bizarre encore : il se trouve condamné, sans même que le fond du litige ait été examiné. En somme la plus sérieuse, l'unique objection de principe que l'on puisse formuler contre la procédure monitoire peut se résumer dans cette phrase de Bartole : « Antequam enim cogatur, debet condamnari » (1). Et cette seule constatation doit provoquer la condamnation d'un système qui s'élève « contra juris communis regulas ».

(1) Bartole. Comment. ad. l. 1. C. 7. 53. N. 4.

Pourtant il ne nous paraît pas impossible de tenter une justification théorique de la procédure monitoire. Mais auparavant qu'il nous soit permis de constater que, même paradoxale, même anormale, une telle procédure présente des avantages indéniables. Nous n'en voulons pour preuve que la faveur singulière qu'on lui réserve dans les pays où elle est en usage. Que certains points de détail exigent une réforme, que le meilleur des systèmes soit encore éloigné de la perfection, nous n'avons jamais songé à le contester. Mais c'est un fait également certain que la procédure monitoire s'adapte merveilleusement aux exigences de la vie moderne : la prodigieuse activité industrielle, commerciale, financière qui caractérise notre époque s'accommode mal de nos formes surannées de procédure et l'on a souvent fait observer que notre code, loin d'être une arme utile aux mains du créancier, constituait plutôt un sûr refuge pour le débiteur peu scrupuleux. Il faut évidemment reconnaître l'exagération de pareils jugements: ils contiennent pourtant une part de vérité. La procédure monitoire atténue de tels dangers : sans léser les intérêts d'un débiteur véritablement soucieux de défendre ses droits, elle met à la disposition du créancier une justice plus prompte.

On n'en saurait donc contester l'utilité ; mais on l'accueillera sans arrière-pensée si l'on remarque qu'elle ne heurte aucun des principes fondamentaux du droit.

En permettant au créancier d'obtenir du Tribunal un titre exécutoire sans avoir à fournir la preuve de ses prétentions, les protagonistes de la Procédure monitoire n'ont pas innové : ils ont simplement fait bénéficier le créancier d'une

présomption légale : son droit est réputé fondé dès l'instant où il introduit sa demande. Les présomptions légales ne sont pas rares dans notre droit : il nous suffit de rappeler celle de l'art. 1283 (1), — celle de l'art. 312 que résume l'adage : « *Pater is est quem nuptiae demonstrant* ». Nous irons même plus loin et nous prétendons démontrer que la présomption légale, sur laquelle repose la procédure monitoire, est moins lourde pour le débiteur que les deux présomptions indiquées ci-dessus à titre d'exemple. Ce qui fait le danger d'une présomption légale (nous ne parlons pas des présomptions légales irréfragables), c'est qu'elle déplace le fardeau de la preuve. La partie qui peut l'invoquer n'a rien à prouver. La partie adverse, par contre se trouve dans une situation ingrate : le créancier, par exemple, (art. 1283) doit prouver que, dans le cas particulier où il se trouve, la remise du titre n'implique pas le paiement : s'il fait cette preuve, la présomption légale tombe. Or la présomption légale, en matière de procédure monitoire, *ne déplace pas le fardeau de la preuve*. Le débiteur n'a pas à établir l'inanité des prétentions du créancier ; par la seule opposition il fait tomber la présomption qui existait en faveur de ce dernier et l'on retombe dans les règles normales de procédure.

On nous objectera sans doute que, s'il en est ainsi, nous avons tort de prendre pour une présomption légale le phénomène juridique sur quoi repose la procédure monitoire. Puisque, va-t-on dire, il est de l'essence de la présomption légale de déplacer le fardeau de la preuve, vous ne pouvez

(1) « Art. 1283 : La remise volontaire de la grosse du titre fait présumer la remise de la dette ou le paiement sans préjudice de la preuve contraire. »

prétendre qu'il s'agit ici de présomptions légales ; vous reconnaissez vous-même que le fardeau de la preuve n'est pas déplacé. Nous pourrions répondre sans doute que nous sommes en présence d'une présomption légale d'un genre particulier. Mais de tels arguments nous ont toujours paru spécieux. Il est plus simple de faire observer que le fardeau de la preuve est bien déplacé, mais qu'il n'en paraît rien. Le créancier est bien dispensé de rien prouver et, dès lors, en principe, la charge de la preuve incombe au débiteur ; mais celui-ci en faisant opposition, crée à son profit une nouvelle présomption qui détruit l'effet de la première et replace les choses en leur état primitif.

Ayant ainsi justifié le principe de la procédure monitoire, il nous reste à examiner et à apprécier, en les comparant les uns aux autres, les détails de son application dans chacun des codes qui l'ont adoptée.

Le champ d'application de la procédure monitoire varie d'ampleur avec chaque pays : en Allemagne, le Mahnverfahren est limité aux actions ayant pour objet « le paiement d'une somme d'argent déterminée ou la prestation d'une quantité déterminée d'autres choses fongibles » ; — en Autriche une limitation nouvelle est encore apportée à l'exercice de cette procédure : elle ne s'applique pas au-delà de 200 fl. ; — En Suisse au contraire, si, à vrai dire, le Rechtsbot général n'est applicable qu'aux questions relatives aux immeubles, le Rechtsbot spécial peut servir dans certains cantons à introduire toute demande susceptible de s'exprimer par une Défense, et dans d'autres toute demande quelle qu'elle soit.

Que penser d'abord de la limitation de quantité dans la-

quelle le Code de procédure autrichien a cru devoir enfermer le Mahnverfahren? Le législateur a pensé qu'il pourrait être dangereux de soumettre l'action en paiement de sommes élevées à une procédure aussi expéditive. Kohler exprime cette appréhension lorsqu'il dit : « Une omission provenant d'une erreur ou d'une étourderie lors de la prestation peut entraîner une grosse perte d'argent (1) ». Cette raison ne semble pas très convaincante : n'y a-t-il pas dans toutes les procédures des circonstances où une erreur, en apparence insignifiante, peut être grosse de conséquences fâcheuses. La procédure d'ordre, chez nous, ou celle de la Saisie immobilière ne sont-elles pas semées d'écueils et que de fois n'a-t-on pas vu un créancier dont les droits étaient incontestables déclaré forclos par suite de l'inobservation d'un délai ? Est-ce que pour autant l'on songe à condamner l'une ou l'autre de ces procédures, alors même que de gros intérêts sont en jeu.

Lorsqu'on est appelé à apprécier un système comme le Mahnverfahren, on doit vérifier s'il est bon en lui-même, s'il sauvegarde les intérêts de chaque partie, s'il empêche suffisamment la fraude, les surprises; et s'il satisfait à toutes les conditions que l'on exige, il faut l'appliquer quelle que soit l'importance des intérêts en litige. « L'expérience, dit très « judicieusement Skedl, nous apprend que les procès qui ont « pour objet de fortes sommes intéressent presque exclusi- « vement des personnes aisées, ou du moins susceptibles « d'être mêlées à un mouvement d'affaires important, — tan- « dis que le pourcentage des litiges insignifiants accuse une « forte majorité parmi les classes peu fortunées. L'homme

(1) Kohler, Encyclopédie. T. II, p. 192.

« pauvre qui dans un litige de 300 fl. laisse passer le délai « d'opposition subit-il un dommage moindre que celui qui, « dans un procès de 3.000 fl., commet la même négligen- « ce ?(1) ». Et cette considération pratique semble singulièrement forte si l'on songe que « dans les classes peu fortunées » précisément, l'ignorance des règles de droit, spécialement de celles de procédure, rend plus fréquentes les erreurs et les omissions. Si, comme paraît le redouter le législateur autrichien, la rapidité de la procédure fait craindre qu'elle présente peu de garanties, il faut abandonner le système ou l'amender; en limiter l'application aux litiges peu importants constitue une solution assurément peu rationnelle et certainement inefficace.

C'est de principes tout différents que paraissent s'être inspirés les codes suisses qui ont adopté le Rechtsbot, — du moins le Rechtsbot spécial. Suivant les codes des deux Appenzell et de Saint Gall, le Rechtsbot est susceptible d'applications infiniment variées (2). Au lieu que dans les autres législations qui ont adopté la procédure monitoire, même comme système se suffisant à lui-même, une telle procédure a toujours quelque chose d'exceptionnel, le Rechtsbot constitue dans les cantons que nous venons d'indiquer le mode normal d'introduction des procès. Cela tient à la conception différente que l'on se fait au fond, dans le droit suisse et le droit germanique, de la procédure monitoire : le but unique des Mahnverfahren allemand et autrichien est de *créer rapi-*

(1) Skedl, Das Mahnverfahren. P. 176.

(2) « A quelques exceptions près, aucun procès civil ne peut avoir lieu sans que l'on ait essayé de l'éviter au moyen d'un Rechtsbot. » (Fritzche. Das Rechtbot. P. 48).

dement un titre exécutoire. Le Rechtsbot suisse conduit bien au même résultat, mais d'une façon accessoire, car il tend surtout à *éviter les litiges* : c'est un moyen détourné d'amener les parties à se concilier. « Le but législatif et politique du Rechtsbot, dit Fritzche, est de faciliter *sans procès* la solution des litiges (1) ».

Le point de vue auquel se sont placés les Codes suisses nous paraît faux : le Rechtsbot — comme toute procédure monitoire — n'est pas, ne doit pas être considéré comme une tentative de conciliation. Il y a, dans chaque législation, des textes dont l'application a pour but d'éviter les procès : loin de nous la pensée d'en condamner l'usage. Mais la procédure monitoire répond à d'autres besoins et l'opinion germanique nous paraît la bonne, qui voit en elle une procédure destinée à solutionner rapidement le litige et non à l'éviter.

Le danger de la conception suisse se manifeste en présence des conséquences inacceptables auxquelles logiquement elle conduit. La procédure monitoire étant une tentative de conciliation, il n'y a pas, en principe, de procès auxquels on ne puisse l'appliquer ; et c'est ainsi que l'on voit le Rechtsbot Général, par exemple, trancher rapidement et sans discussion une question délicate et complexe de servitude. Sans doute il paraît bien séduisant, à première vue, le système qui permet à une personne d'acquérir des droits réels sur un immeuble sans recourir à un procès, sans solliciter autre chose que le consentement tacite de tiers intéressés. Et comme une certaine publicité est faite autour de cet acte constitutif de droits réels, ni la fraude, dit-on, ni l'erreur, ni

(1) Fritzche. L. Cit. P. 66.

la surprise ne semblent à redouter. Puis on se plaît à faire remarquer que, dans un pays où les cadastres des communes fournissent des renseignements incomplets ou erronés, la réunion des Rechtsbot Généraux, publiés depuis que l'institution est en vigueur, constitue un guide sérieux, digne de foi. Ces considérations ne sont certes pas dénuées d'intérêt. Mais faut-il voir un avantage dans cette facilité qui est ainsi apportée à la création de droits réels ? L'importance des résultats acquis n'est elle pas hors de proportions avec la simplicité de la procédure employée? Fritzche, à cet égard, oppose très heureusement les droits de créance aux droits réels. « Le droit de créance, dit-il en substance, s'épuise par une « seule prestation : celui qui, à vue d'une poursuite, se décide « au paiement, prévoit au même instant toutes les consé- « quences de son acte. Il en est autrement en ce qui con- « cerne les droits réels. Dans chacun d'eux se trouve à l'état « latent un nombre indéterminé de demandes qui peuvent « être dirigées contre le premier venu. Celui qui lors d'une « contestation se résout à faire abandon d'un tel droit prend « par là à son préjudice une disposition dont il lui est im- « possible à cet instant de prévoir les effets lointains. Pour « prendre un parti sûr en pareille occurence il faut donc « plus de jugement et d'esprit de décision que s'il s'agissait « d'un droit de créance ». Fritzche émet encore une observation d'un intérêt tout pratique : « En matière de droit de « créance, si le défendeur obtempère au commandement — « acte initial de la procédure monitoire — la dette est éteinte « et il n'est pas besoin de conserver l'acte original qui « constatait le lien de droit. Mais qu'un propriétaire inter-

« dise à son voisin de passer sur son terrain et que ce voi-
« sin lui donne satisfaction, la question se trouve bien
« réglée, mais l'accord intervenu doit être constaté au moyen
« d'une pièce : cette pièce, se sera le Rechtsbot ». Mais le Rechtsbot parle le langage de la vie courante ; souvent il y manquera la précision que l'on peut attendre d'un jugement. Ainsi un Rechtsbot qui a en lui-même autorité de chose jugée pourra très bien, en fait, ne pas produire, par suite d'une rédaction défectueuse, l'effet de chose jugée que l'on attend de lui. Le mal, à vrai dire, n'est pas sans remède : rien, au fond, ne s'oppose à ce que le Rechtsbot soit libellé dans une forme complète, précise, impeccable. Mais Fritzche voit, avec quelque raison peut-être, dans la simplicité du langage, dans sa naïveté même, un élément essentiel de popularité du Rechtsbot.

D'un autre côté, la publicité qui accompagne le Rechtsbot Général est loin d'être, pour le tiers menacé, une garantie suffisante. La lecture à l'église, parmi une population agricole très stable, très attachée aux pratiques religieuses, pouvait autrefois suffire : il est impossible aujourd'hui de faire crédit à la publication dans les feuilles officielles : le domicile est trop instable, la propriété immobilière trop dispersée et trop facilement transmissible, les cadastres trop incomplets. Ce ne serait pas se montrer trop exigeant que d'imposer une notification individuelle à l'adresse de chacun des tiers que les prétentions du demandeur peuvent léser.

Mais, même ainsi transformé dans son essence par la notification individuelle, même changé en Rechtsbot spécial, le Rechtsbot ne peut pas s'appliquer à toute espèce de procès.

Nous sommes ainsi amenés à reconnaître que les codes allemand et autrichien ont eu raison de limiter la procédure monitoire aux actions qui avaient pour objet des droits de créance.

Est-ce à dire que pour autant l'un et l'autre de ces codes doivent être — en tant qu'ils déterminent l'objet de la procédure monitoire — pris pour modèles ?

Il y a dans le § 688 du C. p. civ. all. et dans le § 1 de la loi autrichienne de 1873 une disposition qui frappe l'esprit : « Ne peuvent être introduites au moyen du Mahnverfahren que les demandes ayant pour objet de l'argent ou des *choses fongibles*. Fatalement, à la lecture de cette disposition, on est amené à chercher un rapport entre l'essence du Mahnverfahren et la fongibilité : et ce rapport il faut bien convenir qu'on ne l'aperçoit pas. Le § 4. 2. al. 2, de la L. du 27 avril 1873 expose bien que « si la créance a pour objet non de l'argent, mais d'autres choses fongibles, le créancier doit indiquer dans la requête le montant de ce qu'il est disposé à accepter à la place. » Mais pourquoi ne pas généraliser cette solution? Est-ce que l'objet d'une créance, parce qu'il consiste en choses non fongibles, cesse d'être appréciable en argent? En somme le Mahnverfahren rend possible la création d'un titre exécutoire sans examen de l'affaire au fond. En quoi la nature fongible de la chose en litige facilite-t-elle un pareil résultat? Qu'en vue de la compensation, on exige de deux créances le caractère de fongibilité, rien de plus naturel : il est évident que la compensation ne saurait exister sans cela. Mais une demande ne peut-elle pas offrir les caractères de simplicité et d'incontestabilité alors même qu'elle n'a pas

pour objet des choses fongibles ? On doit avouer que la disposition des Codes de procédure civile allemand et autrichien est sur ce point difficile à justifier.

A cet égard le Code autrichien qui s'est très manifestement inspiré du code allemand aurait donc eu intérêt à ne point copier trop servilement son modèle. Sur d'autres points d'ailleurs, il n'a pas hésité à adopter des manières de voir complétement différentes. C'est ainsi que le « Mahnverfahren » allemand laisse au défendeur une double faculté d'opposition (contre le commandement, puis contre l'exécutoire), — tandis que le « Mahnverfahren » autrichien (de même que le Rechtsbot Suisse) ne connaît qu'une seule opposition. D'où vient une telle différence ?

On peut, à notre avis, lui trouver deux causes :

On pourrait d'abord être tenté de ne voir dans cette faculté de double opposition qu'une survivance d'anciennes dispositions appliquées au « Prœceptum ».

« ..... Si le cité ne comparaît pas, la procédure est la même dans les deux sortes de mandats-procès... On rend encore une fois une *citatio ad videndum se declarari in pœnam in mandato insertam*, que suit un *mandatum arctius sine clausula*, plus tard une simple sentence préparatoire, après quoi on peut commencer l'exécution » (1).

Cette seconde « citatio », — ce « mandatum arctius sine clausula » ne sont évidemment autre chose que l'exécutoire du « Mahnverfahren ».

Mais cette survivance, à travers les siècles, de dispositions qui, somme toute, alourdissent une institution dont le but es-

(1) Skedl. Das Mahnverfahren. P. 58.

sentiel est de solutionner rapidement les litiges, cette survivance à son tour s'explique par des considérations pratiques. Si le C. p. civ. allemand a cru devoir réserver au défendeur la faculté de s'opposer, à deux reprises différentes, aux poursuites exercées contre lui, s'il a considéré qu'un seul défaut de comparution n'impliquait pas suffisamment de sa part la volonté de ne pas se défendre, c'est qu'il a craint de compromettre les intérêts de la défense en les laissant exposés à une justice trop hâtive : le « Mahnverfahren » est une procédure exceptionnelle ; ce serait lui méconnaître ce caractère que de lui appliquer, en ce qui concerne le défaut et le droit d'opposition, les règles de la procédure ordinaire. Nantir trop rapidement le créancier d'un titre exécutoire, c'est exposer le débiteur à pâtir de fraudes, de surprises ou simplement de circonstances défavorables. Pour créer, sans examen de l'affaire au fond, un tel titre, il faut donc être certain d'une volonté ferme et bien arrêtée chez le débiteur de ne pas paraître en justice. Cette certitude, le C. p. civ. allemand a pensé l'acquérir par le système de la double opposition : si le débiteur ne s'élève ni contre le commandement ni contre l'exécutoire, il sera mal fondé, par la suite, à soutenir que l'on a paralysé les droits de la défense. Reste à savoir maintenant, si en donnant au débiteur de telles garanties, on n'a pas modifié le caractère de la procédure monitoire, si l'on n'a pas introduit dans cette procédure par essence simple et rapide des complications qui en annihilent les heureux effets, si l'on n'a pas ainsi fourni des armes à un débiteur peu scrupuleux qui n'aura d'autre but que de faire traîner le procès en longueur. En mettant les choses au pis on constate que la rapidité de

la procédure allemande est assez illusoire (1). Sans doute dans la plus grande partie des cas présentera-t-elle de réels avantages : mais on est en droit de désirer qu'elle ne serve jamais à léser celui qu'en principe elle est destinée à avantager, nous voulons dire le créancier.

Le système de la double opposition ne nous paraît donc pas appeler à faire partie de la procédure monitoire. Le Code autrichien, les codes suisses ont donc eu raison de l'écarter. Mais que faire pour sauvegarder suffisamment les droits du défendeur?

Deux solutions s'offrent à nous.

Pour être bien certain que le défaut d'opposition de la part du défendeur ne tient pas à des raisons indépendantes de sa volonté, on exigera que la signification du commandement lui soit faite à personne. Dans les cas où une telle signification serait impossible, on la remplacerait par une signification à quelque autorité administrative plus à même qu'un huissier de faire parvenir le commandement à l'intéressé. Mais, dans ce cas, il serait bon d'augmenter les délais d'opposition et au moyen d'insertions, dans les feuilles périodiques, ou au moyen d'affiches, d'entourer la notification d'une publicité suffisante.

Malgré un tel luxe de précautions, un concours fâcheux de circonstances pourrait encore mettre le défendeur en pos-

(1) « Cette organisation du Code allemand ne nous semble pas très heureuse : en croyant gagner du temps on en perd peut-être.» (R. de la Grasserie.—Etude critique sur le projet de révision du C. p. civ. présenté à la Chambre des Députés le 25 oct. 1898 et sur la Réforme de la Procédure. Extrait des Lois Nouvelles, P.82).
M. de la Grasserie a tort de donner à son observation une portée générale : elle ne s'applique pas aux cas — assez fréquents — où le débiteur n'use pas du double droit d'opposition.

ture désagréable. Un dernier moyen de protection sera alors mis en œuvre : la « Restitutio in integrum ».

On connaît cette institution dont le prêteur faisait à Rome un fréquent usage.

Les Mahnverfahren allemand et autrichien, le Rechstbot suisse ont prévu cet ultime recours de droit dont l'application doit être, on le conçoit, exceptionnelle.

Le C. p. civ. all., en ce qui concerne la procédure monitoire, n'ayant pas règlé d'une façon spéciale la « Restitutio in integrum », c'est le droit commun que l'on applique.

La loi autrichienne (art. 14. L. 1873) a prévu et réglementé la « Restitutio in integrum » à propos du Mahnverfahren.

Enfin le Code de pr. civ. du Canton d'Appenzell a. Rh. § 38 dispose : « Si le défaut d'opposition s'explique par des circonstances particulières, le juge compétent décide si le Rechtsbot doit rester ou non en vigueur ».

Et celui d'Appenzell i/Rh. : « En ce qui concerne la déchéance résultant du défaut d'opposition, l'appel devant le Tribunal de district est ouvert. »

Au fond le sens de toutes ces dispositions est identique, et cela va de soi, car la Restitutio in integrum est le complément obligatoire de toute procédure véritablement expéditive. C'est de tous les moyens de protection celui qui s'harmonise le mieux avec le caractère original de la procédure monitoire. Il n'entrave pas sa marche, puisqu'il n'intervient qu'une fois celle-ci terminée. Il ne servira pas, entre les mains du débiteur de mauvaise foi, d'expédient destiné à gagner du temps, puisque le défendeur devra com-

mencer par exécuter ce à quoi il est condamné avant d'introduire son recours. Commentant la Loi fédérale suisse du 11 avrit 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite, M. Thaller émet des considérations de même nature : « A cet « égard, elle (la loi en question) ouvre des horizons nou- « veaux aux législateurs préoccupés de mieux armer les « créanciers contre les résistances de ceux à qui ils ont fait « crédit ; elle permet d'obtenir une justice accélérée ; elle « induit les poursuivants à moins de frais. Tel débiteur « traîne un procès en longueur qui se soucierait peu de l'en- « treprendre s'il lui fallait payer d'abord et chercher à se « faire rembourser ensuite (1) ». Et le débiteur, s'il ne se sent pas réellement fort de son droit, hésitera d'autant plus à user de ce dernier recours qu'il lui faudra établir deux points bien distincts : 1° Que c'est par suite de circonstances indépendantes de sa volonté qu'il s'est trouvé dans l'impossibilité de faire à temps opposition ; 2° Que les prétentions du demandeur sont au fond injustifiées.

La procédure monitoire étant entourée de toutes ces garanties, il semble bien que le débiteur n'ait rien à redouter de son emploi. Et à ce propos nous sommes amenés à examiner cette question : la procédure monitoire est-elle une mesure de faveur créée au profit du créancier ? Est-ce au contraire une institution destinée à avantager le défendeur autant que le demandeur ? S'arrêter à la première conception serait se faire une étrange idée de la justice. Deux plaideurs, lorsqu'ils paraissent devant elle, se présentent, comme dit Fritzche, « abstraction faite du poids différent de leur per-

(1) Annuaire de Législation étrangère. 1890. P. 612-613.

sonnalité (1) » : tous deux doivent souscrire à des obligations semblables, profiter des mêmes avantages. Pourquoi dès lors laisser au demandeur le choix entre deux procédures, l'une longue, compliquée, onéreuse, l'autre rapide, simple, peu coûteuse? Pourquoi, dans tous les cas où les conditions requises sont réunies, ne pas imposer au demandeur la voie de la procédure monitoire? Sans doute objectera-t-on que le demandeur, ayant lui-même intérêt à voir le procès solutionné promptement, se gardera bien de recourir à la procédure ordinaire. Mais Skedl prévoit que parfois un créancier pressé, vis à vis d'un débiteur de mauvaise foi, décidé à user des subterfuges que le système de la double opposition met à sa disposition, aura avantage à employer la procédure ordinaire. Autre hypothèse : un créancier, certain de triompher au fond et désireux d'autre part de susciter des ennuis à son débiteur qu'il sait solvable, usera de la procédure ordinaire parce qu'il la sait plus onéreuse et qu'en dernière analyse c'est le débiteur qui supportera les frais. Ceci ne devrait pas se rencontrer. Il faut même élever le débat au-dessus des intérêts individuels en jeu. « Un procès n'est pas tout à fait la chose des parties, du moins quand il est porté devant les juges... (2) ». Dans toute mise en mouvement de l'appareil judiciaire se trouve engagé, plus ou moins directement, un intérêt social : ce n'est pas seulement le droit de l'État de tolérer entre plaideurs une justice simple et rapide ; c'est encore, lorsque les circonstances le permettent, son devoir de la leur imposer.

(1) Fritzche. Loc. cit. p. 49.
(2) Tissier. Le centenaire du Code de procédure et les projets de réforme. Revue Trimestrielle de droit civil. 1906. P. 651.

Ces idées, que d'une façon générale la doctrine admet dans chaque pays, ne paraissent pas avoir inspiré les codes de procédure allemand et autrichien ni les codes suisses qui admettent le Rechtsbot spécial.

Skedl reconnait, tout en le déplorant, qu'actuellement, en présenee des textes réglementant le Mahnverfahren, le créancier ne peut pas être obligé d'employer la procédure monitoire, s'il préfère recourir à la procédure ordinaire. Non seulement le Tribunal devra accueillir une demande introduite suivant les règles de cette dernière, mais dans la condamnation aux dépens, il ne devra pas tenir rigueur au demandeur d'avoir choisi une procédure onéreuse (1).

Le C. p. civ. autrichien ne contenant pas de dispositions explicites sur ce point, on doit se laisser guider par les mêmes principes et reconnaître au demandeur le droit exorbitant de choisir sa procédure.

De telles idées paraissent radicalement en contradiction avec les principes fondamentaux des « Mahnverfahren » allemand et autrichien (dont le but essentiel, nous le savons, est de gagner du temps). Mais, même appliqués au Rechtsbot suisse, de telles idées, quoi qu'il en semble, ne peuvent pas davantage se défendre : le Rechtsbot en Suisse est considéré — à tort selon nous — comme une tentative de conciliation plutôt que comme une forme propre de procédure. Partant d'un tel principe, « on n'exigera raisonnablement le Rechts-

(1) La loi allemande, en pareille hypothèse, laisse au défendeur le soin de poursuivre devant un « Tribunal d'honneur » l'avoué qui a commis un abus. Singulière ironie ! Pour consoler le défendeur d'avoir été entraîné dans un procès trop long, on lui propose incontinent un nouveau procès (Skedl. L cit. p. 169).

« bot, dit Fritzche, que là où l'on aura quelque espoir de so-
« lutionner sans procès le litige ; un tel espoir fera complète-
« ment défaut dans de nombreux cas. Quand il s'agit de
« choses qui ne peuvent être, d'après la volonté formelle des
« parties, tranchées que par une décision judiciaire, (par ex·
« les difficultés commerciales relatives à des sommes éle-
« vées), ce serait biaiser plutôt que gagner du temps que
« d'obliger les parties à recourir au Rechtsbot. Celui-ci
« pourrait tout au plus se recommander pour les choses
« de peu d'importance (1) ». La question, étant donnée cette conception du Rechtsbot, se pose alors ainsi : Doit-on autoriser le demandeur à introduire son action sans qu'il ait fait préalablement usage d'un Rechtsbot conciliateur? Les Tribunaux appenzellois avaient répondu par la négative. Mais le Tribunal fédéral était d'un avis opposé. Ce conflit de jurisprudences présente évidemment pour nous peu d'intérêt : nous avons vu, précédemment, que c'était donner une mauvaise base au Rechtsbot que de le considérer comme une tentative de conciliation ; son but véritable, comme celui de toute procédure monitoire, doit être de solutionner rapidement les litiges et non de les éviter. Mais même si l'on se place au point de vue de la doctrine suisse, — même si l'on ne voit dans le Rechtsbot qu'une citation en conciliation, il est permis de trouver étrange que le demandeur puisse à son gré user du Rechtsbot ou s'en passer et introduire directement l'action. (Nous ne parlons pas ici bien entendu des cas prévus par les codes appenzellois où la nature des intérêts en litige exclut l'usage du Rechts-

(1) Fritzche. Das Rechtsbot. p. 66.

bot). Fritzche, se faisant l'écho d'une doctrine qui inspira la jurisprudence cantonale, indique bien que c'est seulement lorsque le Rechstbot sera manifestement inutile qu'on en proscrira l'usage. Mais où sera la limite ? En tout cas, est ce bien prudent de laisser au demandeur lui-même le soin de la fixer ? En France, lorsqu'une affaire « requiert célérité », lorsqu'il semble absolument impossible qu'un accord puisse intervenir entre les parties, la tentative de conciliation qui, en principe est obligatoire peut être évitée ; mais c'est le Président du Tribunal qui, par ordonnance, dispense du préliminaire de conciliation. Sans doute ce système n'est pas parfait, parce qu'il laisse la porte ouverte aux abus et à l'arbitraire ; mais au moins il s'appuie sur une garantie sérieuse : la conscience du magistrat ; et combien n'est-il pas préférable à celui qui se pratique dans les cantons d'Appenzell et de St-Gall ?

De ce que venons d'exposer, il résulte que, dans les cas où la procédure monitoire est utile, il est bon de l'imposer aux plaideurs. Des réflexions que nous a suggérées à ce sujet la doctrine suisse il résulte en outre qu'il est bon d'associer, dès le début, le juge à la procédure. Dans quelle mesure celui-ci doit-il y être mêlé, c'est-là un dernier point que nous allons examiner.

Aussi bien dans les Mahnverfahren allemand et autrichien que dans le Rechtsbot suisse, l'ordre de paiement conditionnel — acte initial de la procédure monitoire — est délivré par un collège judiciaire qui correspond sensiblement à notre Tribunal d'arrondissement. Les auteurs étrangers paraissent tous s'accommoder de cette disposition. Il est pour-

tant permis de trouver qu'elle concourt mal au but assigné à la procédure monitoire : obtenir une justice plus prompte.

Les Tribunaux, à l'étranger comme en France, tiennent leurs audiences à jours fixes. Dans les cas urgents, le demandeur sera donc obligé pour présenter sa requête, d'attendre le jour de l'audience. Si même l'on suppose que dans les cas requérant célérité il sera permis de provoquer une réunion spéciale du Tribunal, à quelles difficultés ne va pas se heurter cette convocation extraordinaire d'un collège judiciaire ? Ne serait-il pas préférable de déléguer à un membre du Tribunal, en principe au Président, le droit de délivrer le commandement ? (Cf. le pouvoir reconnu chez nous au Président en vertu de l'art. 49. C. p. civ.) Il ne semble pas que l'on puisse élever d'objections sérieuses contre de semblables desiderata. Que l'on ne vienne pas prétendre que, puisqu'il s'agit d'une procédure extraordinaire, la réunion de plusieurs juges garantira davantage la sûreté des décisions prises. Il convient en effet de ne pas oublier que le commandement dont il s'agit n'est pas un jugement, qu'il ne comporte — et c'est là un des traits caractéristiques, essentiels de la procédure monitoire — aucun examen de l'affaire au fond. Tout se ramène à une formalité banale : l'examen de conditions énumérées et nettement précisées par la loi ; cette opération ne présente aucune difficulté. En présentât-elle d'ailleurs, l'autorité d'un juge unique suffirait assurément à en triompher.

A ce propos, il est vrai, nous sommes amenés à nous demander si cette décision initiale sans aucun examen de l'affaire au fond constitue réellement un système avantageux,

Sans doute si l'on veut que la procédure monitoire présente quelque utilité pour le créancier, il faut qu'elle soit expéditive. Mais n'est-il pas possible de concilier cette rapidité désirable avec un examen, sinon approfondi, du moins assez sérieux du fond de la demande. Tous comptes faits, le créancier n'aurait qu'à y gagner. Souvent il éviterait de se laisser entraîner à intenter un mauvais procès. Il semble que pour apprécier cette question on devrait se laisser guider par les mêmes considérations qui ont déterminé le législateur allemand à exiger du débiteur, s'opposant au commandement, qu'il ait des exceptions sérieuses à faire valoir (Réforme de la Novelle de 1910, V. plus haut, p. 28). Créancier et débiteur à ce point de vue devraient être traités de la même façon. Avant de laisser l'un ou l'autre s'engager dans un procès, il est bon de voir si leurs prétentions sont fondées. N'est-ce pas aussi amoindrir le rôle du juge que de l'obliger à contresigner des mesures peut-être inutiles, injustes, vexatoires que par la suite il sera obligé de rapporter ? Il semble qu'en France et en Italie ces considérations aient eu quelque influence sur l'esprit du législateur. La loi du 24 décembre 1897, chez nous, impose à l'officier ministériel l'obligation de faire taxer ses frais, avant de faire apposer sur l'état la formule exécutoire. Or la taxe n'est pas autre chose qu'un examen, très sérieux, par un seul juge, de l'affaire au fond. En Italie la « cognitio » préalable est moins étendue : « Le magistrat, dit Chiovenda, ne doit pas certifier au fond que le travail a été effectué : il est de la nature du procès monitoire de reporter l'examen de ce point au moment de l'opposition ». Mais après avoir fait cette concession, Chiovenda en

atténue immédiatement la portée en ajoutant : « Cela n'empêche d'ailleurs pas le magistrat de pouvoir procéder sur ce point à un examen sommaire (par exemple si le travail lui paraît manifestement imaginaire, impossible, simulé) ».

En somme, les législations qui ont retenu notre attention nous ont conduit à des critiques qui ne touchent que les détails de l'institution et ne nous empêchent pas de donner, avec Kohler, « notre approbation à cette procédure d'après laquelle l'ordre de paiement renferme une décision qui doit être impérative pour les parties. C'est en général un système très équitable qui, pourvu que d'un procès on n'en fasse pas deux, termine le différend et ne donne pas lieu à des difficultés ultérieures..... »

CHAPITRE V

CONCLUSION

PLACE A FAIRE DANS LE DROIT FRANÇAIS A LA PROCÉDURE EXÉCUTOIRE

Lorsque nous avons entrepris cette étude sur la procédure monitoire, notre but n'était pas seulement de satisfaire une vaine curiosité. A une époque où l'on parle fréquemment de réformer nos codes et de les mieux adapter aux mœurs actuelles, nous avons pensé ne pas faire œuvre inutile en demandant quelques enseignements à la législation étrangère.

Mais une réforme s'inspirant des idées que nous nous sommes efforcés de dégager viendrait-elle présentement à son heure en France ? Ne risquerait-elle pas de se heurter à un ensemble de traditions, de coutumes, de lois incompatibles avec elles ?

Assurément un texte de notre Code de pr. civ., l'art. 150 paraît justifier les préventions que la procédure monitoire risque de rencontrer chez nous auprès du juriste ou du législateur. Prévoyant le cas où le défendeur ne paraît pas en justice, l'art. 150 dispose : « Le défaut sera prononcé à l'audience sur l'appel de la cause et les conclusions de la partie qui le requiert seront adjugées, *si elles se trouvent justes et bien vérifiées....* »

Cette disposition n'est certes pas équivoque : le seul fait du défaut ne motive pas à lui seul, la condamnation du défendeur. Mais l'argument qu'on en pourrait tirer perd singulièrement de sa force si l'on en rapproche une autre disposition l'art. 154, même code, relatif au « Défaut-congé » et la jurisprudence sur cet article. « Le défendeur qui aura constitué avoué pourra sans fournir de défenses, suivre l'audience par un seul acte et prendre défaut contre le demandeur qui ne comparaitrait pas ». La jurisprudence a complété cette disposition et en a précisé le sens : la non comparution du demandeur suffit pour que le défendeur soit renvoyé de la fin de la demande sans qu'il y ait lieu de vérifier les moyens de défense, ainsi que doivent l'être ceux de la demande dans la situation inverse. Et cette règle est applicable en appel : lorsque l'appelant ne se présente pas, le jugement attaqué doit être confirmé sans qu'il soit procédé à aucune vérification. Il n'y a évidemment qu'une analogie assez lointaine entre la procédure monitoire et le défaut-congé. L'art. 154 prouve du moins que le droit français n'est pas foncièrement hostile à cette idée — qui est l'essence même de la procédure monitoire — de jugement prononcé sans examen de l'affaire au fond. La pratique elle-même voit d'un œil favorable cette conception. Que de fois les motifs des jugements par défaut commencent par cette phrase : « Attendu que le défendeur ne comparaissant pas laisse présumer qu'il n'a aucune objection à élever contre les prétentions du demandeur ».

On objectera sans doute aussi que l'esprit général des codes français semble peu favorable à l'emploi de procédu-

res trop hâtives. Le débiteur est traité par la loi avec une bienveillance dont souffrent souvent les intérêts du créancier. L'art. 48. C. p. civ. ne dispose-t-il pas qu' « aucune demande principale introductive d'instance entre parties capables de transiger et sur des objets qui peuvent être la matière d'une transation ne sera reçue devant les Tribunaux de première instance. que le défendeur n'ait été préalablement appelé en conciliation devant le juge de paix ou que les parties n'y aient volontairement comparu. « L'art. 1244. C. civ. ne permet-il pas aux Tribunaux « en considération de la position du débiteur, et en usant de ce pouvoir avec une grande réserve, d'accorder des délais modérés pour le paiement et de surseoir à l'exécution des poursuites, toutes choses demeurant en l'état ». Puisque, va-t-on dire, la loi française non seulement exige qu'une tentative de conciliation précède chaque procès, mais encore autorise les juges à soustraire, pour un temps, le débiteur aux poursuites de son créancier, peut-on espérer obtenir du législateur une procédure qui supprime la conciliation et permette au créancier de recevoir satisfaction dans un temps très court ?

Il est certain que, sur bien des points, les textes de nos codes ne sont plus en harmonie avec les mœurs nouvelles, ne répondent plus aux exigences du jour. Mais la Jurisprudence, par une de ces initiatives hardies dont les exemples ne sont pas rares dans l'histoire de notre droit, s'est déjà substituée au législateur : l'art. 48 est d'une application pratique de plus en plus rare. Les Présidents délivrent avec une facilité toujours plus grande les ordonnances sur requête qui permettent d'assigner à bref délai sans préliminaire de con-

ciliation. Les Tribunaux font de moins en moins usage de la faculté que leur donne l'art. 1244 d'accorder aux débiteur un terme de grâce, D'ailleurs il convient de ne pas exagérer l'importance de ce délai de faveur : sans doute il suspend les poursuites, mais il permet au créancier de prendre des mesures conservatoires et celui-ci n'a souvent pas avantage à pousser plus loin ses exigences.

Si donc le texte même de certaines dispositions législatives semble peu compatible avec l'introduction en France d'une procédure expéditive, plus particulièrement de la procédure monitoire, l'interprétation que font de ces textes la jurisprudence et la pratique est l'indice que l'on aspire chez nous à plus de rapidité dans l'administration de la justice.

La doctrine elle-même est loin de se montrer hostile à une réforme inspirée des principes qui à l'étranger dominent la procédure monitoire.

« Lorsqu'un créancier, dit M. Glasson, ne possède qu'un « acte sous-seing privé, ou n'a même aucun titre en mains, « il faut, s'il veut saisir, qu'il s'adresse à la justice pour ob- « tenir un jugement revêtu de la formule exécutoire. Il sem- « ble même que, sous ce rapport, la loi aurait pu être sim- « plifiée ; pourquoi ne suffit-il pas de s'adresser au Président « du Tribunal qui rendrait une ordonnance d'exécution ? « Obliger le créancier à demander son paiement ou à agir en « vérification d'écritures, alors que le débiteur ne conteste « ni la créance ni l'écrit qui la constate, c'est le contraindre « à commencer une sorte de procès bien qu'il n'y ait aucun « litige ; une ordonnance d'exécution serait plus simple, plus « rapide et moins coûteuse et d'ailleurs il est bien entendu

« que le Président du Tribunal aurait le droit et même le « devoir de la refuser si le débiteur élevait devant lui une « contestation vraiment sérieuse (1) ».

La jurisprudence, elle aussi, dans les rares occasions où il lui a été donné d'émettre une appréciation indirecte mais précise sur la procédure monitoire n'a pas manqué d'en approuver les principes et même d'étendre la portée de ceux-ci.

Ainsi, d'un jugement du Trib. civ. de la Seine (24 Juillet 1908. Gaz. Pal. nov. 1908, Supplt. au Journal judiciaire quotidien), il résulte que les dispositions de la L. du 24 décembre 1897, relative au recouvrement des frais des notaires, avoués, huissiers, sont applicables à ces officiers ministériels non seulement lorsqu'ils sont en exercice, — mais encore après cessation de leurs fonctions, et aussi à leurs héritiers, cessionnaires, représentants ou ayant cause.

De même encore la Cour de cassation a rendu, le 18 novembre 1902, un intéressant arrêt, susceptible d'étendre, dans une certaine mesure, le champ d'application de la loi de 1897. « Aucune disposition légale n'interdit à un notaire de sou- « mettre à la taxe une demande d'honoraires pour laquelle « la partie adverse n'aurait pas le droit de la requérir, du « moment où celle-ci ne fait aucune difficulté de suivre le no- « taire dans cette voie où il lui a plu de s'engager. — Dès « lors le Tribunal devant lequel il est procédé sur une de- « mande de cette nature en chambre du conseil, dans les « formes prescrites par la loi du 24 décembre 1897 en ma-

(1) Glasson — Précis de Procédure civile 2e édit. par Tissier. T. II n° 1150 — Cl. Tissier Rev. Trim. de droit civ. 1910. p. 574. 575.

« tière de taxe, n'est pas tenu de se déclarer d'office incom-« pétent pour en connaître ». (D. 1908. I. 150).

La jurisprudence en élargissant ainsi la portée des dispositions de la loi de 1897, en consacrant, par ailleurs, des systèmes aussi hardis que celui du Président de Belleyme (V. plus haut p. 87-88) manifeste donc bien qu'elle ne serait point hostile à une réforme introduisant la procédure monitoire dans notre code de procédure civile.

Quels seraient alors, si le législateur se laissant déterminer par de telles considérations élaborait la réforme, les caractères généraux de la procédure nouvelle ainsi créée ?

La réponse à cette question ne saurait présenter de difficultés si l'on se reporte aux appréciations que nous ont suggérées l'étude et la comparaison des législations étrangères.

D'abord, dans tous les cas où elle serait possible, la procédure monitoire serait obligatoire.

La partie qui voudrait y recourir présenterait à un juge unique (1) la requête en délivrance du commandement. Le juge, après un examen sommaire, si toutes les conditions de formes étaient réunies, si en outre, au fond, la demande lui semblait justifiée, délivrerait le commandement et commettrait un huissier pour le signifier ; la signification devrait être faite à la personne même du débiteur, sinon être entourée d'une large publicité. Le commandement mentionnerait : 1° l'ordre de paiement ; — 2° le montant de la demande (capital, intérêts et frais) ; — 3° la faculté pour le débiteur de

(1) « Il y aurait, dit M. de la Grasserie, un juge aux affaires sommaires, comme il y en a un aux ordres ». (Article déjà cité de la Revue Nouvelle de Législation et de Jurisprudence).

priver le commandement d'effet au moyen de l'opposition ; — 4° les conditions dans lesquelles doit s'effectuer celle-ci ; — 5° l'obligation pour le débiteur de motiver son opposition ; — 6° le Tribunal compétent pour connaître de l'opposition.

Le commandement, non frappé d'opposition dans un délai très court (8 ou 15 j.), aurait force de chose jugée et ne pourrait plus être privé d'effet que par la « Restitutio in integrum »; pour l'admission de ce dernier recours, les Tribunaux auraient d'ailleurs le devoir de se montrer très sévères.

L'opposition opportune jouerait le rôle d'une citation et l'affaire viendrait devant la juridiction compétente où elle serait jugée suivant les règles ordinaires de la procédure.

Resterait maintenant à déterminer, en s'en tenant aux idées générales, sans se perdre dans les détails, sans anticiper sur la tâche du législateur, le champ d'application qu'il conviendrait d'assigner à la procédure monitoire.

En appréciant le rôle du Rechtsbot général en Suisse, nous avons exposé pourquoi il nous semblait dangereux d'appliquer la procédure monitoire à des contestations relatives à des droits réels, pourquoi il convenait de la réserver aux actions concernant les droits de créance. Nous plaçant ensuite à un autre point de vue, nous nous sommes efforcés d'établir que l'importance très grande de l'intérêt en litige — s'il s'agissait d'un droit de créance — ne devait pas être un obstacle à l'emploi de la procédure monitoire. Enfin nous avons été amenés à reconnaître que, pour rentrer dans le cadre de la procédure monitoire, il n'était pas nécessaire que l'objet du droit de créance consistât en argent ou en

choses fongibles. Il nous avait paru suffisant qu'il s'agît de choses facilement appréciables en argent.

En complétant ainsi l'un par l'autre les systèmes étudiés, en nous acheminant vers de telles conclusions, nous répondions par avance à la question que nous venons de poser ; nous déterminions le champ d'application qu'il convenait de réserver à la procédure monitoire.

Mais il reste un point sur lequel quelques précisions nous paraissent encore nécessaires. Si l'on voulait d'une phrase caractériser la procédure monitoire, on dirait que, procédure expéditive, elle doit servir à solutionner des questions simples, peu compliquées. Ceci posé, même dans des cas où il s'agira de faire valoir un droit de créance dont l'objet serait facilement appréciable en argent, la procédure monitoire pourra sembler parfois sinon dangereuse, au moins peu avantageuse : nous faisons allusion aux litiges qui, suivant une pratique constante, ne peuvent être solutionnés qu'après expertise. L'expertise a de nos jours pris une extension considérable. Les Tribunaux se déchargent de plus en plus sur des hommes de l'art du soin de trancher des difficultés techniques : le rôle du juge se borne alors, dans la grosse majorité des cas, à homologuer le travail du mandataire de justice. Dès lors, dans toutes les hypothèses où une expertise semble non seulement nécessaire mais utile, (et à cet égard l'examen au moins sommaire du fond même de l'affaire par le juge s'impose) la procédure monitoire doit être écartée,— à moins que par elle on n'arrive à la désignation même de l'expert. Il y aurait quelque inconséquence à obliger un juge à statuer, même conditionnellement, sur une question qu'il

n'est, par hypothèse, pas à même de résoudre par ses seuls moyens.

Telles sont les indications — très générales — dont le législateur pourra tenir compte s'il veut faire entrer la procédure monitoire dans notre Code rénové. On peut souhaiter de ne pas attendre trop longtemps une réforme que désirent la doctrine et la jurisprudence et que l'opinion publique accueillera favorablement. Comment d'ailleurs refuser son approbation à un système qui, sans léser les droits du débiteur, protège efficacement ceux du créancier, simplifie et allège la tache du juge, ouvre une voie commode dans ce que l'on a appelé irrévérencieusement, mais non, hélas ! sans quelque raison, le « maquis de la procédure »?

Vu :
L. HUGUENEY.

Vu :
Le Doyen de la Faculté de Droit
de l'Université de Dijon,
E. BAILLY.

Vu et permis d'imprimer :
Le Recteur de l'Académie,
E. BOIRAC.